قانون القضاء المدني

دراسة في نظام القضاء وإجراءات التقاضي
في قانون المرافعات

الجزء الأول

قواعد

التنظيم القضائي

القضاء ووظيفته، تشكيلات وقضاته، ولايته واختصاصاته

الدعوى القضائية

دكتور

محمود محمد هاشم

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات
بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
والمحامي لدى محكمة النقض



الطبعة الثانية

١٩٩٠ - ١٩٩١

قانون القضاء المدنى

دراسة فى نظام القضاء واجراءات التقاضى
فى قانون المرافعات

تأليف

دكتور محمود محمد هاشم
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات
بكلية الحقوق بجامعة عين شمس
والمحامى لدى محكمة النقض

الطبعة الثانية

١٩٩٠



تمهيد

١ ـ ضرورة القانون :

لم يعد فى الامكان تصور وجود الانسان المنعزل ، الـذى يعيش بمفرده ، بعيدا عن قرنائه ، لا يعاملهم ولا يعاملوه ، يقضى حاجاته ويشبع رغباته دون الاستعانة بأحد من بنى جنسه ، لأن الانسان كائن اجتماعى بطبعه ، لا يعيش الا فى جماعة ، ولا يوجد فى غير مجتمع ، فيه خلق ونشأ ، وفيه كتب عليه أن يعيش (١) وهو لابد مدفوع لأن يخالط الناس ، ويعاشرهم ، يعطيهم ويأخذ منهم ، ومن ثم ، كان لابد أن يدخل معهم فى علاقات متعددة ، وروابط متباينة ، وهكذا كان الأمر دائما ، وهكذا سيظل الى أن تقوم الساعة .

ولما كان الانسان ـ مدفوعا بفطرته وغريزته ـ لابد ساعيا الى تحقيق مصالحه ، عاملا على اشباع رغباته ، وهو فى سبيل ذلك مستعد لأن يفعل كل شىء ، ولو أدى ذلك الى الاضرار بالآخرين والمساس بحقوقهم ، الأمر الذى يؤدى الى نشوب الصراع والأحقاد بين أفراد الجماعة الواحدة . ومن هنا كان لابد من ايجاد قواعد

---

(١) V. Capitant H. Introduction a l'etude du droit civile 1921 P. 25.

وانظر كذلك أحمد سلامة محمد ـ المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٧٥ ، الكتاب الاول ص ٥ . منصور مصطفى منصور ـ المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٠ ص ٣ . فؤاد العطار النظم السياسية والقانون الدستورى سنة ١٩٧٤ ص ٢٠ . محمد كامل ليلة ـ النظم السياسية سنة ١٩٧٠ ص ١١ ـ ١٣ . صوفى حسن أبو طالب ـ مبادىء تاريخ القانون ١٩٦٥ ص ١٩ .

واضحة ، يلتزم بها الافراد ، تحدد لهم حقوقهم ، وتبين حـــدودها ، وتنظم لهم سبل أشباع حاجاتهم . فالمجتمع لا تســـتقر أحـــواله ولا تستقيم أموره الا اذا سار على قواعد محددة ، يأتمر أفـــراده بها ، يخضعون لأحكامها ، ويتصرفون بمقتضـــاها . وتظهر من هنا أهمية هذه القواعد التى تقتضيها حياة المجتمع وتستلزمها ظروفه . فكـــان القانون وكانت قواعده ، والتى تعتبر بحق ضرورة اجتماعية ، لأنهـــا لا توجد الا فى مجتمع ، كما لا وجود لمجتمع بغير قانون يحكمه (٢) .

٢ ـ ضرورة تحقيق القانون :

واذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، تحتمها ظروف الجماعـــة البشرية ، والحياة الهادئة للمجتمع ، فان تنفيذه عن طريق الاعمـــال الفعلى لقواعده ، فى الواقع الاجتماعى ، يعد ضرورة اجتماعية كذلك ، لا تقل فى أهميتها وخطورتها عن ضرورة وجود القانون ذاته ، فلا خير فى قانون ـ مهما حكمت صياغته ، ووضحت عبـــارته ـ لا ينفـــذ ولا تحترم قواعده ، كما لا خير فى مجتمع لا يحترم قانون حياته .

والأصل أن يتم تنفيذ القانون تلقائيا ، من خلال النشـــــاط اليومى لأفراد المجتمع وسلوكهم المعتاد ، فالقواعد القانونية موجهـــة أصلا اليهم ، وهم مطالبون باحترامها ، باتيان ما قضـــت بـــه ، والامتناع عما نهت عنه وحظرت اتيانه ، حتى يسود النظام ويعم السلام بين أفراد الجماعة البشرية ، وذلك اما اقتناعا من الافـــراد بضرورة احترام القانون ـ فهو تعبير عن ارادتهم ، وتقنين لضمائرهم ، واما خوفا من توقيع الجزاء عليهم والذى تضمنته القاعدة القانونية التـــى يتم مخالفتها .

---

(٢) عبد الفتاح ساير داير ـ القـــانون الدستورى ١٩٥٩ ص ٣ وأنظر كذلـــك

Carnelutti F. Trattato del processo civile, Diritto e processo, Morano 1958 P. I.

الا أن هذا النفاذ التلقائى ـ وان كان أمـــلا من الآمـــال ـ لا يتحقق غالبا ، نظرا للطبيعة البشرية ، والانانية الانسانية ، لان الفرد يسعى غالبا الى أشباع رغباته واحتياجاته ، بكل السبل ولو أدى الى الاضرار بالآخرين والمساس بحقوقهم . فيحدث من ثم ما يعوق تنفيذ القانون ، وما يمنع من تحقيقه فى الواقع الاجتماعى .

ومن هنا كان لابد ـ حرصا على السلام الاجتماعى ، وتســييرا للنظام القانونى ـ من تقويم هذا الاعوجاج الســلوكى للافـــراد ، بازالة ما يحول دون تحقيق القانون من عوائق ، أى كان لابد من العمل على تحقيق القانون وقواعده فى الواقع الاجتماعى .

٢ ـ ضرورة القضاء :

ولكن أمر تحقيق القانون فى الواقـــع الاجتماعى لا يجب أن يترك هكذا لتقدير الافراد ، وانما لابد من ايجاد سلطة تكفل للقانـــون احترامه ، وتعطيه فاعليته ولزومه ، عاملة على ازالة ما يعوق احترام القانون ، وما يعرقل النفاذ العادى له ، عن طريق اجبار الافـــراد على احترام القانون واعمال قواعـــده فى تصرفاتهم وســلوكهم . وبغير هذه السلطة ، لا يعدو أن يكون القانون سوى قواعد نظريـــة ومبادىء عليا ـ مدونة فى مدونات ، موضوعة على ارفف المكتبات ، ممثلة لقيمة علمية فحسب ، فى انتظار قارىء أو باحث .

ولقد كانت القوة الخاصة هى وســيلة احترام القـــانون فى المجتمعات القديمة ، فقد كان أمر تطبيق القانون متروكا لمشيئة الافراد ، وبوسائلهم الخاصة ، يستطيعون الدفاع عن حقوقهم واستردادها عند الاعتداء عليها أو سلبها ، وانتشر بذلك ما كان يعرف بنظام القضـاء الخـــاص Justice privé ، فمن كان يملك القوة يســـتطيع أن ينشىء حقوق له ويدافع عنها ، ومن لم يكن مالكا لها ، فلا يملك الا الخضوع للاقوياء أصحاب القوة والنفوذ . ولنا أن نتصور مجتمعا هذا حاله ،

وماذا تكون عليه حالة أفراده ؟!!! فوضى واضطرب فى المعامـــلات ، وتعكير لأمن الناس وأمانهم .

ولهذا ما لبثت المجتمعات أن غيرت فكرتها وأدركت بحاســتها ، أن القوة لا يمكن ان تكون هى الوسيلة العــادلة والفعالة لحســم المنازعات بين الناس ، والزامهم باحترام القانون ، وبحثت لذلك عــن وسيلة حضارية تكفل احترام القانون وتعطيه فاعليته ولزومه ، فظهرت فكرة التحكيم الاختيارى فى بداية الامر ، والذى تطورت بعد ذلك الى التحكيم الاجبارى ، وبمقتضاة يلجأ الخصــوم الى شــخص ثالث يكون محايدا ، لا مصلحة له فيما هم متنازعون عليه ، ويعرضــون عليه وقائع نزاعهم ، مرتضين حكمه ، وباصدار حكم المحــكم تنتهى المنازعة عند هذا الحد ، ويتم تحقيق القانون .

اذ أن هذا النظام ـ مع تشعب العلاقات بين الأفراد وتعقدها ـ لم يعد قادرا على كفالة النظام القانونى ، واحترام قواعده . فكان لابد من البحث عن نظام آخر يكون قادرا على أعمال القانون أعمالا فعليا ، خاصة بعد التطور الحضارى الذى أدى الى تطور دور الدولة الحديثة ، ومفهوم وظيفتها (٣) . والذى أخذت الدولة بمقتضاه على عاتقها عبء

---

(٣) ولقد كان لظهور فكرة الدولة أثره الكبير فى كتابات الفقهـاء والفلاسفة ، الذين خصوا فكرة الدولة بعناية كبيرة ، وجعلوا منها مجالا خصبا لدراسات متعددة الجوانب ، وذلك وصولا الى تفسير واضح لهذه الظاهرة الاجتماعية ولقد اختلف الفقهاء والفلاسفة فى أصــل نشــأة الدولة ، وأساس السلطة فيها .

أنظر عرضا وافيا لأساس نشأة الدولة فؤاد العطار ـ المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها كامل ليلة ـ المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها . عبد الحميد متولى القانون الدستورى والانظمة السياسية جـ ١ ص ٣٨ وما بعدها ثروت بدوى ـ النظم السياسية سنة ١٩٧٠ ص ٩٢ وما بعدها . طعيمة الجرف ـ نظرية الدولة ١٩٧٨ ص ٤٩ وما بعدها . مصــطفى الصادق ـ مبادىء القانون الدستورى المصرى والمقارن سنة ١٩٢٣ ص ٢٨ وما بعدها . عثمان خليل وسليمان الطماوى موجز القانون الدستورى ١٩٥٢ ص ١٦ وما بعدها . وعثمان خليل القانون الدستورى سنة ١٩٥٥ =

تحقيق العدالة بين المواطنين ، وأعمال قواعد القانون فى الواقع الفعلى . وأصبحت بذلك اقامة العدالة من الوظائف الرئيسة للدولة الحديثة ، فمنعت الافراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم (٤) ، والغت القضاء الخاص بكل مظاهره (٥) ، وأحلت محله قضاء آخر تتولاه بنفسها عن طريق هيئات تقوم بانشائها . وهذا القضاء العام Justice public ، والذى أصبح هو الاصل فى أى مجتمع متطور ، واصبح القضاء حكرا على الدولة ، ومظهر من مظاهر سيادتها (٦) .

وكان طبيعيا ، أن تيسر الدولة للافراد ـ وقد منعتهم من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ـ وسيلة أخرى ، يلجأون اليها عند الاعتداء على

= ص ٥٨ وما بعدها . سليمان الطماوى السلطات الثلاث ١٩٦٧ ص ٢٦١ . ومن ناحية أخرى فان المتغيرات الاجتماعية ، وتطور المفاهيم السياسية قد أدى بدوره الى تطور دور الدولة الحديثة ، والذى انتقل من الدولة الحارسة التى يقف دورها عند حد المحافظة على أمن الدولة الخارجى وأمن مواطنيها فى الداخل ، الى الدولة المتدخلة التى تتدخل فى الشئون الاجتماعية والاقتصادية ، وان اختلف فى مدى هذا التدخل من دولة الى اخرى بحسب المذهب الذى تعتنقه .

انظر كامل ليلة ـ المرجع السابق ص ٢٦٩ وما بعدها . زكريا نصر ـ تطور النظام الاقتصادى سنة ١٩٦٤ ص ٤٣ وما بعدها . جلال أمين : مقدمة الى الاشتراكية سنة ١٩٦٦ ص ١٧ وما بعدها . أحمد جامع ـ المذاهب الاشتراكية سنة ١٩٦٩ ص ٩ وما بعدها . ويحيى الجمل ـ الاشتراكية العربية ١٩٦٨ . محمد حلمى مراد أصول الاقتصاد سنة ١٩٥٦ ص ٩٥ وما بعدها . سليمان الطماوى ـ السلطات الثلاث ص ١٣ وما بعدها . وانظر مؤلفه الخاص بثورة ٢٣ يوليو بين ثورات العالم سنة ١٩٦٥ .

(٤) Costa S. Manuale di dir. proc. civile, utet 1973 p. 4.

(٥) الا من بعض مظاهر قليلة ، مثل الحق فى الحبس ، والدفاع الشرعى ، والتحكيم والتى اجازها القانون على استحياء .

(٦) Micheli Gan A. Corso di diritto precessuale civile, 1959 V.I. P. 3.

حقوقهم أو حتى عند التهديد به . ولذا قامت الدولة بانشـــاء الجهـــاز القضائى ، وجعلت منه سلطة من سلطاتها (٧) ، ومنحته من الضمانات ما يكفل له القيام بوظيفته ، ومنحت الافراد ـ دون تمييز بينهـــم حق الالتجاء الى القضاء طلبا لحمايته ، وجعلت منه حقا عاما لا يقبل التنازل عنه ولا الانقضاء بعدم الاستعمال . ونصت دستوريا على أن حق التقاضى مصون ومكفول للناس كافة (م ٦٨ من الدســـتور المصرى الصادر سنة ١٩٧١) .

٤ ـ قانون القضاء المدنى :

واذا كان حق التقاضى ، مصون ومكفول للناس كافـــة ، فمن الضرورى وضع قواعد منظمة لممارسته ، خشية اساءة استعماله اذ أن ممارسة الحق لا يجب ان يتم بطريقة عشوائية غير منظمة ، خاصة وأن القضاء ليس مسرحا يذهب اليه كل راغب فى مشاهدة عرض مسرحى ، ولا اكاديمية علمية يذهب اليها كل راغب علم ، كما أنـــه ليس دارا للافتاء يذهب اليها كل من كان فى حاجة مشورة . وانما هو جهـــاز قانونى ، يؤدى دورا محددا فى حياة الشعوب ، يتمثل فى حمايـــة النظام القانونى ، والعمل على استمراره عندما تكون هناك حاجة الى هذه الحماية (٨) ، فاذا لم توجد هذه الحاجة فلا يكون هناك معنـــى لتدخل القضاء .

ويتولى المشرع بنفسه وضع الضوابط لممارسة حـــق التقاضى ، عن طريق مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للقضـــاء ووظيفته ، وهذه القواعد هى ما يطلق عليها فى مجموعها قانون المرافعات المدنية والتجـــارية Droit de procédure civile ، فما هو هذا القانون وما هى موضوعاته وما هى طبيعة قواعده ومصادرها ؟

---

(٧) انظر سليمان الطماوى ، السلطات الثلاث ص ١٣ .

(٨) Rocco Alfredo la sentenza civile Milano 1962 p. 22-23.
Zanzucchi Tullio. dir. Proc. civ. 1958 V.I. P. 10-14.

٥ ـ تعريف قانون القضاء المدنى وتسميته :

يعرف قانون القضاء المدنى بأنه مجموعة القواعد القانونية المنظمة للقضاء المدنى فى سكونه وحركته (٩) ، التى تحدد ولايته وحدود اختصاصه ، وتشكيلاته المختلفة ثم الوسيلة التى يمارس بها دوره القانونى ، واجراءات الحصول على حمايته (١٠) . فهو بعبارة وجيزة القواعد المتعلقة بتنظيم القضاء فى مسائل القانون الخاص كافة ، المدنية والتجارية وغيرها .

٦ ـ تسميته :

درج الفقه التقليدى (١١) على اطلاق اسم « قانون المرافعات المدنية والتجارية » على القواعد المنظمة للقضاء المدنى ، وهذا ما يجرى عليه العمل بين المشتغلين بالقانون ، وهى أيضا التسمية التشريعية لهذه القواعد .

---

(٩) انظر وجدى راغب ـ مذكرات فى مبادىء القضاء المدنى ٧٥ ـ ١٩٧٦ ص ٥ .

(١٠) أنظر فى تعريف هذا القانون فتحى والى ـ الوسيط فى قانون p. 13. Costa Manuale P. 3.

القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٥ بند ٣ . ابراهيم نجيب سعد ـ القانون القضائى الخاص ص ١١ بند ٣ عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٤ . رمزى سيف ـ الوسيط ٦٨ ـ ١٩٦٩ ص ٨ بند ٢ .
Solus H. et Perrot R., Droit judiciaire privé Tome I 1961 p. 13. Costa Manuale P. 3.

(١١) انظر المؤلفات العامة فى فقه المرافعات وخاصة محمد حامد فهمى ـ المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٤٠ عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥٠ . أحمد ابو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ط ١٢ . رمزى سيف ـ الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٦٩ . أحمد مسلم ، أصول المرافعات سنة ١٩٧٩ . عبد الفتاح السيد ـ الوجيز فى المرافعات المصرية سنة ١٩٢٤ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ . محمد عبد الخالق عمر ـ قانون المرافعات ١٩٧٩ أحمد السيد صاوى ـ الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٧٩ .

الا أن هذه التسمية قاصرة الدلالة على الموضوعات التى يتضمنها قانون القضاء المدنى . اذ أن لفظ « مرافعة » لغة انما يعنى الشكوى الى الحاكم أى القاضى ، وهى فى الاصطلاح ، الاقوال الصادرة عن الخصوم أو وكلائهم شفاهة أمام المحاكم (١٢) . ولا نظن ان قانون القضاء المدنى تقتصر قواعده على تنظيم المرافعة أو اجراءات تقديم الشكوى .

وازاء هذا النقد اقترح البعض (١٣) تسميته بقانون الاجراءات المدنية ، متأثرين بترجمة الاصطلاح الفرنسى Droit de procédure civile أو الايطالى Diritto processuale الا أن هذه التسمية بدورها لم تسلم من النقد ، فقد هاجمها الفقه الحديث (١٤) حيث : أنها قاصرة الدلالة على كافة الموضوعات التى يتناولها هذا القانون ، لأن الاجراءات لا تمثل سوى الأشكال الخارجية للخصومة ، فى الوقت الذى يتضمن قانون القضاء قواعد أخرى تنظم بصفة عامة النشاط القضائى من حيث تحديد وترتيب المحاكم وتشكيلها وولايتها وما تختص

---

(١٢) انظر أحمد مسلم — أصول ص ٩ — ١٠ بند ٥ ، ٦ . وجدى راغب — مذكرات — ص ٧ بند ٣ . ابراهيم سعد — ص ٩ ، ١٠ .

(١٣) عبد الباسط جميعى قانون الاجراءات المدنية سنة ١٩٦٦ وانظر فى الفقه الاجنبى

Morel René. Traité élément. de proc. civile, 1949. Vincent J., Proc. civile, 1978. Couchez G., Proc. civile 1978 Joly A cours élément. de droit Proc. civile 1969 Japot Rene. Traité élément de proc. civile 1935. Lacoste M. L. précis élément. de proc. civile 1939 Brulliard G., proc civ., 1944.

Chiovenda G., ist di dir. proc. civ. 1960. Rocco Ugo, Trattato di dir. proc. civ. 1959. Costa S., Manuale di dir. proc. civ. 1973. Satto S., Dir. proc. civ. 1959. Micheli Corso di dir. proc. civ. 1960.

(١٤) انظر موزيل — المرجع السابق بند ٤ . فنسان — السابق بند ٥ سوليس وبيرو — المرجع السابق ص ١٣

Vizioz H., Observations. sur l'Etude de procedure civile 1956 P. 13.

وأنظر فتحى والى — الوسيط — ص ٦ وجدى راغب ص ٧ . ابراهيم نجيب ص ٨ ، ٩ . أحمد مسلم — ص ٩ .

بـه (١٥) ، فضلا عن أن قانون القضاء لا يستأثر بالقواعد الاجرائية ، اذ قد توجد فى قوانين أخرى مثل اجراءات ابرام العقود والوصـية والزواج وتكوين الشركات .

وازاء هذا النقد اقترح البعض تسمية هذا القانون بالقـانون القضـائى Droit judiciaire (١٦) ، بينما اقترح البعض الاخر تسميته « بالقانون القضائى الخاص » Droit judiciare privé

الا أن هذه التسميات (١٧) لم تسلم من النقد هى الاخـرى اذا أن التسمية الاولى تختلط بتلك القواعد التى ينشئها القضـاء . فالقانون يوصف بانه قضائى لانه من صنع القضاء ومن خلقه ، فيقال ان القانون الادارى قانون قضائى (١٨) . أما التسمية الثانية فانهـا تختلط بنظام القضاء الخاص الذى عرف فى المجتمعات القـديمة ، وهجرته مجتمعات اليوم .

---

(١٥) الامر الذى أدى بجانب من الفقه الى اطلاق تسمية مطولة لهذا القانون حتى تتسع للدلالة على كافة موضوعاته ، وهى « قـانون التنظيم القضائى والاختصاص والاجراءات المدنية » أنظر

Glasson E. et Tissier A., Traité Théorique et praitque d'organisation judiciare, de Compétence et de procooure civile, 1926 Bonfils H., Traité élémentaire d'Org. Judic. de Comp. et de proc. en matiére civile et commerciale, 1885.

(١٦) وهذا ما اقترحه الاستاذ موريل رينيه فى مؤلفه المشار اليه بند ٤ ص ٣ وانظر فى نقد هذه التسمية فتحى والى ـ الوسيط ص ٧ .

(١٧) وهذا ما اقترحه الاستاذان سوليس وبيرو فى مؤلفهما المشترك « القانون القضائى الخاص » ص ٣ وايده فى الفقه المصرى الدكتـور ابراهيم نجيب فى مؤلفه القانون القضائى الخاص ـ ص ١٠ .

(١٨) فتحى والى ـ الاشارة السابقة ـ سليمان الطماوى الوجيز فى القضاء الادارى ١٩٧٢ ص ٥ بند ١ .

لكل ما تقدم فاننا نفضل تسميته « قانون القضاء المدنى » (١٩) للدلالة على القواعد التى تنظم هذا القضاء ، نظرا لانضباطه ودلالتـه على حقيقة المقصود ، وشموله لكافة موضوعات هذا القانون .

٧ ـ موضوعات قانون القضاء المدنى :

يشمل القانون عادة على عدة طوائف من القواعد القانونية :

(أ) قواعد النظام القضائى : Régles d'Organisation judiciaire

وهى عبارة عن القواعد التى تتناول بالتنظيم الجهاز القضـائى العام فى الدولة ، وهى تتضمن القواعد المتعلقة بترتيب هذا القضـاء ومحاكمه وتشكيلاته وتشكيلها ، كما تتضمن القواعد المتعلقة بقضاته ، وأعوانهم ، والتى تحدد شرائط تعيينهم وقواعد ترقيتهم ونقلهم ، وتحدد حقوقهم وواجباتهم .

(ب) قواعد الاختصاص القضائى : Régles de Compétence

وهى تلك التى تتولى توزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة ، محددة بذلك ما يدخل فى اختصاص كل منها نوعيا أو قيميا ومحليـا .

(جـ) اجراءات الحصول على حماية القضاء : Procedures

وهى تلك التى تحدد كيفية مباشرة القضاء لوظيفته ، وما يجب اتخاذه من اجراءات فى هذا الشأن سواء من قبل الخصوم من قبـل القضاة أو اعوانهم .

---

(١٩) فتحى والى ـ الاشارة السابقة ـ الوسيط فى قانون القضـاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٧ . وجدى راغب ـ مبادىء القضاء المدنى ـ ط ١ ١٩٨٧/٨٦ دار الفكر العربى ، ص ٨ .

(د) قواعد التنفيذ الجبرى : Régles d'exécution forcée

وهى القواعد المتعلقة بالاعمال الفعلى لقواعد القانون . والتى تحدد السندات التى يجرى التنفيذ بمقتضاها ، والحق المراد التنفيذ اقتضاء له ، والأموال الجائز التنفيذ عليها ، وما يجب اتباعه من اجراءات للحصول على هذه الحماية التنفيذية . ونظرا لاهمية هذه القواعد وخطورتها فى الحياة القانونية ، فانها تنفرد بمؤلفات خاصة مستقلة عن مؤلفات المرافعات ، والتى تمثل مقررا دراسيا مستقلا من مقررات الدراسة فى السنة الرابعة فى كليات الحقوق المصرية .

٨ ـ طبيعة قواعد قانون القضاء المدنى (٢٠) :

يثور الجدل الفقهى حول تحديد طبيعة قواعد قانون القضاء المدنى ، وهل تعتبر من قبيل قواعد القانون الخاص أم من قبيل قواعد القانون العام .

فاتجه الفقه التقليدى (٢١) الى اعتبار قانون القضاء المدنى فرعا من فروع القانون الخاص ، حيث أنه ينظم وسائل حماية الحقوق الفردية ، وقد ساعد على ذلك تسمية هذا القانون بأنه الاجراءات المدنية والتجارية أى اجراءات تتبع فى القانونين المدنى والتجارى ، اذن ليست قانونا بذاته ، وقد أدى هذا الاتجاه الى اعتبار الخصومة القضائية حقا خاصا للخصوم ، يسيرونها وفق مشيئتهم ، اذ أنها فى نظره مجرد مباراه بين اطرافها ، يلعب فيها القاضى دور الحكم الذى يراقب الخصوم ، وما يتخذونه فيها من اجراءات ، ثم يعلن نتيجة المباراة فى

---

(٢٠) انظر دراسة فى ذلك مؤلف الفقية الايطالى اوجوروكو ـ المطول جـ ١ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٢١) انظر جارسونيه وسيزار برو جـ ٢ ص ٧٩ .

النهاية دون ان يكون له دخل فى تسييرها ، وبعبارة أخرى يقتصر دور القاضى على هذا الدور السلبى (٢٢) .

ولكن هذا الاتجاه يتجاهل حقيقة مؤكدة ، هى أن قانون القضاء المدنى بقواعده لا يقف عند حد تنظيم وسائل حماية الحقوق الفردية ، وانما يتسع لتلك القواعد التى تنظم القضاء ، وهو سلطة من سلطات الدولة ، ومرفق من مرافقها ، ولذلك لا يجوز ادخال هذا الفرع من القانون باطمئنان ، ضمن فروع القانون الخاص . وهو ما أدى بالكثير من الفقهاء (٢٣) الى القول بأن قانون القضاء المدنى من طبيعة مختلطة ، فهو من القانون العام بالنسبة لتلك القواعد المنظمة للنظام القضائى ، ومن القانون الخاص بالنسبة للقواعد المحددة لاجراءات حماية الحقوق الفردية .

ولما كان هذا الاتجاه الاخير ، يقضى على وحدة قانون القضاء المدنى ، فقد ذهب البعض (٢٤) الى اعتبار هذا القانون فرعا من فروع القانون العام ، على اعتبار أنه ينظم سلطة من سلطات الدولة ومرفقا من مرافقها العامة ، حتى ولو كان ينظم سبل حماية الحقوق الخاصة .

---

(٢٢) انظر فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ١٣ - والوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٧ . وجدى راغب - مذكرات فى قانون القضاء المدنى - المشار اليه ص ١٠ .

(٢٣) احمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ بند ١٠ . محمد وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات جـ ١ سنة ١٩٥٧ بند ٨ . رمزى سيف - الوسيط ص ١٠ بند ٤ . فنسان - المرجع السابق بند ٥ ص ٨ .

(٢٤) موريل - المرجع السابق ص ٦ بند ٩ . كيوفندا - نظم - جـ ١ ص ٦٣ بند ٢٤.
Costa sergio, Manuale, op. cit. p. 4 No 2 Lugo Andrea Manuale di diritto porocessuale civile, p. 29 No 14.

اوجوروكو - ص ١٧٨ ، ١٩٠ .
وانظر فى الفقه المصرى فتحى والى - الوسيط ص ٨ ، ٩ . ابراهيم نجيب المرجع السابق ص ١٦ . وقارن احمد مسلم - أصول ص ١٩ ، وعبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٤ بند ٤ .

ولكن هناك من يرى (٢٥) ان قانون القضاء المدنى ليس فرعا من فروع القانون العام كما أنه ليس فرعا من فروع القانون الخاص ، وانما يعد قانونا اجرائيا ، اذ أن القانون فى نظر أصحاب هذا الرأى قبل ان ينقسم الى قانون عام وقانون خاص ، ينقسم الى قانون موضوعى وقانون اجرائى ، والأول يعالج الروابط الاجتماعية تنظيما أوليا ومباشرا ، العام منها والخاص ، فى حين أن الثانى لا يعالج هذه الروابط ، وانما هو مجرد قانون خادم أو ثانوى يستهدف نفاذ القانون الموضوعى .

ونرى ما رآه الفقه الحديث من اعتبار قانون القضاء المدنى فرعا من فروع القانون العام ، وهو يعد كذلك بالنسبة لكل قواعده ، سواء ما تعلق منها بالتنظيم القضائى أو ما تعلق بالاجراءات ، وذلك لأن القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث ، ومرفق من مرافقها ، ومظهر من مظاهر سيادتها ، وتقوم الدولة عن طريق القضاء بتولى وظيفة القضاء ، حماية لنظامها القانونى ، واقامة للعدل بين مواطنيها ، ومن المنطقى أن يكون القانون المنظم لهذه السلطة وتلك الوظيفة من القانون العام ، فكما ان القانون المنظم للسلطة التشريعية ، وذلك المنظم للسلطة التنفيذية ومرافقها من القانون العام ، فيكون القانون المنظم للقضاء من هذا القبيل ، حتى ولو كان يتضمن الاجراءات التى بها يمكن حماية الحقوق الفردية ، لأن هذه الاجراءات ما هى الا وسيلة تنظيمية لاداء وظيفة القضاء (٢٦) ، وقيامه بدوره القانونى .

وتأييدا لهذا الاتجاه ، فقد اخذت التشريعات الحديثة ومنها التشريع المصرى بنظرة جديدة الى دور كل من القاضى والخصوم فى الخصومة المدنية ، فلم تعد تصور القاضى فى دوره السلبى الذى

---

(٢٥) وجدى راغب - مبادىء ص ١٠ ، ١١ . قارن أحمد مسلم - اصول بند ١٨ ص ١٩ - ٢٠ أحمد السيد صاوى ص ١٣ بند ٧ .

(٢٦) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٨ . وراجع نقض مدنى ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٨٤٣ .

يقتصر على مجرد مراقبة الخصوم واعلان نتيجة المباراة فى النهاية ، دون أن يكون له دخل فى تسييرها . كما أنه لم يعد ينظر الى الخصومة وكأنها ملكا للخصوم يسيرونها وفق رضاهم ، فاعترفت التشريعات الحديثة للقاضى بدور أكثر ايجابية فى تسيير الخصومة وتوجيهها ، ووضع الخصوم فى حالة من الخضوع لسلطة القاضى .

٩ - هل قواعد قانون القضاء المدنى تعد قواعد عامة للقضاء ؟

يوجد بجانب قانون القضاء المدنى ، مجموعة أخرى من القوانين المنظمة للقضاء فى غير المسائل المدنية والتجارية ، ومنها قانون مجلس الدولة ، وقانون الاجراءات الجنائية ، وقانون المحكمة الدستورية العليا وغيرها . فما هو موقع قانون القضاء المدنى من هذه القوانين الاخرى ؟ .

تنص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه .. « وتسرى أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد منه نص .. ». كما تحيل بعض نصوص قانون الاجراءات الجنائية على نصوص قانون المرافعات ، ومن أمثلتها المادة ٢٣٤ فى شأن اعلان أوراق التكليف بالخصومة ، والمادة ٢٤٨ فى شأن حالات الرد ، والمادة ٢٥٠ فى شأن نظر طلب الرد والحكم فيه ، والمادة ٤٦١ فى شأن تنفيذ الاحكام الصادرة فى الدعاوى المدنية . وتنص المادتان ٥٠ ، ٥١ من قانون المحكمة الدستورية العليا على سريان القواعد المقررة فى قانون المرافعات على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة والمنازعات المتعلقة بتنفيذها فيما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة . وتنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن محاكم أمن الدولة باتباع الاجراءات والأحكام المقررة بـ .... وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، فيما عدا ما نص عليه فى هذا القانون ، وكذلك المادة ٣٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن حماية القيم من العيب .

لكل ما تقدم ، يذهب الرأى السائد فى الفقه (٢٧) الى القول بأن قواعد وأحكام قانون القضاء المدنى (والمرافعات) تمثل الشريعة العامة Drait. Commun بالنسبة لقوانية القضاء الاخرى ، مما يعنى تطبيق أحكامه وقواعده فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين المتعلقة بأنواع القضاء الاخرى .

غير أن بعض الفقهاء (٢٨) قد عارض هذه الفكرة ، مؤكدا استقلال كل قضاء عن غيره ، وتميزه عن الآخر ، مما يؤدى استقلال كل قانون بقواعده وأحكامه عن الآخر . وعلى ذلك فعلى القاضى الجنـــائى أو القاضى الادارى فى حالة عدم وجود نصوص فى قانونه تحكم مســألة من المسائل ، أن يطبق نصوص قانون القضاء المدنى ، بل عليه أن يبحث أولا عن القاعدة التى تناسب وظيفته ـ كقاضى جنائى أو ادارى ـ هو ، وما ينسق مع أدائه لهذه الوظيفة ، مستهديا بقواعد المرافعات باعتبارها مصدرا للايحاء والاستنتاج (٢٩) .

وواقع الأمر ، أن قانون القضاء المدنى يتضمن قواعد ومبادىء عامة Principes généreaux (٣٠) ، تطبق على كل أنواع القضاء ، مثل المتعلقة بضمانات التقاضى ، من تواجهية الاجراءات ، وكفالة حقـوق الدفاع وغيرها ، مما يؤدى بنا الى القول بأن قانون المرافعات يعــــد بمثابة القواعد العامة بالنسبة لانواع القضاء المختلفة .

---

(٢٧) احمد ابو الوفا ـ المرافعات بند ٥ . رمزى سيف بنـــد ١٤ ص ٢٤ ـ ٢٥ . احمد مسلم بند ١٢ ص ١٥ . وجدى راغب ـ مذكرات ص ١٣ . احمد السيد صاوى بند ٥ ص ٩ ـ ١١ . وقارن ابراهيم سعد ص ١٨ ـ ١٩ . قارن رءوف عبيد ـ مبادىء الاجراءات الجنائية ص ١٢ وما بعدها .

(٢٨) فتحى والى ـ الوسيط ، بند ٧
Vincent J. et Guinchard S. Procedure civile, 20 éd Dallog, 1981, No 4 P. 9 - 10.

(٢٩) فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٧٥ .

(٣٠) فنسان وجـونشار ، ص ٩ .

١٠ ـ خصائص قواعد قانون القضاء المدنى :

كثيرا ما يتردد فى كتب الفقه ، أن قانون القضاء المدنى يتميز بأنه قانون جزائى Droit-Sanection حيث ينظم الجزاء على الاخلال بقواعد القانون المقرر للحقوق . كما وأنه قانون شكلى Droit formaliste وان قواعده تتصف بالصفة الآمرة caractére imperatif وعلينا أن نبين حقيقة هذه الخصائص :

(أ) قانون القضاء المدنى قانون جزائى :

يعتبر البعض (٣١) قانون القضاء المدنى من القوانين الجزائية ، لأنه يتضمن جزاء الاخلال بقواعد القوانين المقررة للحقوق . الا أن هذا القول لا يطابق الحقيقة والواقع ، اذ أن قانون القضـــاء المدنى فى حقيقته لا يتضمن جزاء الاخلال بالقواعد الموضوعية المقررة للحقوق ، حتى يمكن وصفه بأنه قانون جزائى . فالجزاء يشكل عنصرا من عناصر القاعدة القانونية فى عمومها ، حيث أن القاعدة القانونية قاعدة عامـة وملزمة . وليس عنصرا ، فى قواعد قانون القضاء وحدها . فقواعد هذا القانون انما تنظم نشاط القضاء المدنى فى اعمال الجزاء المقـــرر فى القاعدة الموضوعية اعمالا فعليا . وحتى لو كانت قواعد قانون القضاء المدنى تتضمن جزاءات معينة ، فان ذلك غير كاف لادخاله فى عـــداد القوانين الجزائية . اذ أن هذه الجزاءات انما ينص عليها المشرع لكفالة أداء وظيفة القضاء . ومن ناحية أخرى فان قواعد هذا القانون لا تقترن دائما بفكرة الجزاء مثل تلك القواعد المنظمة للوظيفة الولائية ، كما أن من القواعد الموضوعية ما تعتبر قواعد منفذه للحقوق جبرا مثل حق الحبس المقرر فى القانون المدنى (٣٢) .

---

(٣١) رمزى سيف ـ ص ١١ بند ٤ . ســـوليس وبيرو ـ ج ١ ص ٢١ أبو هيف ـ المخالفات المدنية والتجارية سنة ١٩٢١ ص ٢٧ ، بند ٢ ـ أحمد السيد صاوى ـ المرجع السابق ص ١٣ بند ٨ ـ مصطفى كامل كيره ـ قانون المرافعات الليبى ـ ص ١٣ .

(٣٢) أنظر وجدى راغب . النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ـ رسالة طبعة سنة ١٩٧٤ ص ١٤٤ وابراهيم نجيب ـ ص ٢٠

(د) شكلية قواعد قانون القضاء : Caractére formaliate

يذهب الرأى السائد فى الفقه الى أن قواعد قانون القضاء انما هى قواعد شكلية . وهذا القول فى ذاته صحيح اذ قصد به الدلالة على قواعد القانون الذى ينظم شكل الحماية القضائية ، وما يجب اتباعه فى سبيل الحصول عليها . لأن الشكلية - سواء تمثلت فى ضرورة كتابة الاجراءات ، أو تمثلت فى ضرورة اتخاذ الاجراءات فى مواعيد محددة ، أو بترتيب معين أو حتى فى أماكن محددة - ضرورة لا غنى عنها لحماية حقوق الافراد والمحافظة عليها ، بعيدا عن تحكم القضاة وعبث الخصوم . اذ لا يجب ترك الامر هكذا لمطلق تقدير القضاة أو الخصوم (٣٣) .

ولكن هذا القول لا يكون صحيحا من ناحية اخرى ، اذا ما قصد به اعتبار قواعد قانون القضاء المدنى قواعد شكلية تقتصر على تنظيم شكل الاجراءات . اذ أن قواعد هذا القانون تنظم أيضا العناصر الموضوعية للاجراءات مثل ضرورة اتخاذها من قبل شخص معين ذو اهلية معينة ، وما يشترط لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع وغير ذلك من القواعد (٣٤) . كما أن قانون القضاء المدنى لا يستأثر بتنظيم

---

(٣٣) انظر : اوجوروكو - ص ١٨١ وما بعدها . انظر سوليس وبيرو ج ١ بند ١٨ ، ١٩ ص ٢٢ - ٢٣ . فنسان بند ٧ ص ١٥ . وفى ذلك يقول الفقيه اهونج : ان الشكل عدو التحكم ، لان الشكل توأم الحرية

Enmemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté

مشار اليه فى سوليس وبيرو ص ٢٣ .

ويقول فنسان

le formalisme. entendu comme une protéction contre l'arbitraire du juge, Comme une garantie de la librté de la défence au sens large ne saurait disparaitre P. 15. No. 7.

(٣٤) انظر وجدى راغب العمل القضائى ص ١٤٣ . فنيسوز - ملاحظات ص ١٠ - ١١ . روكو ج ١ ص ١٨٥ . ابراهيم سعد ص ٢١ - ٢٢ كورنووفوييه ص ٦ .

شكلية الاعمال القانونية ، فقد تضطلع بذلك بعض قواعد القوانين الموضوعية ، كتلك الموجودة فى القانون المدنى والتى تحدد الشكل الواجب لبعض التصرفات ، مثل الرسمية فى الهبة العقارية والتسليم فى الهبة المنقولة والكتابة فى عقود الشركات .

واذا كانت القواعد الشكلية تكثر فى قانون القضاء المدنى ، وتكتسب أهمية معينة ، فلأنها تنظم وسائل حماية الحقوق الخاصة ، وأشكال هذه الحماية ، الأمر الذى يبث الطمأنينة فى قلوب المتقاضين ويوفر ثقتهم فى أحكام القضاء ، وضمان عدالتها .

(ج) الصفة الآمرة لقواعد قانون القضاء المدنى :

يذهب البعض (٣٥) الى القول بأن قواعد قانون القضاء هى قواعد آمرة ، لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها أو الاتفاق على عكس ما تقضى به ، اذ أن هذه القواعد تتعلق فى - نظرهم - بنشاط القضاء المدنى ، والذى يعد سلطة من سلطات الدولة الامر الذى يجعل تلك القواعد تتعلق بالنظام العام .

الا أن هذا التعميم والاطلاق فى وصف قواعد قانون القضاء المدنى بالصفة الآمرة ، تعوزه الدقة ، اذ ليست كل قواعد هذا القانون تتعلق بالنظام العام . حيث أن من قواعد قانون القضاء المدنى ما يتعلق بالمصلحة الخاصة ، مثل بعض قواعد الاختصاص المحلى ، وقواعد الاعلان ، مما لا يجعلها قواعد آمرة (٣٦) .

١١ - مصادر قواعد قانون القضاء المدنى :

اذا كانت قواعد **قانون القضاء** المدنى ، قواعد قانونية ، فان ذلك لا يعنى تعدد مصادرها **الرسمية** مثل القواعد القانونية الاخرى

---

(٣٥) انظر فنسان - ص ١٣ - ١٥ بند ٧ . موريك ص ٤ . سوليس وبيرو ج ١ ص ٢١ . وقارن احمد الصاوى ص ١٦ .

(٣٦) انظر ابراهيم نجيب . ص ٢٣ - ٢٥ .

من تشريع وعرف وغير ذلك من المصادر . اذ تجد قواعد قانون القضاء المدنى مصدرها الوحيد فى التشريع ، فلا تأتى هذه القواعد من مصادر أخرى (٣٧) . والتشريع الاساسى لهذه القواعد هو مجموعة المرافعات المدنية والتجارية وتكملها تشريعات ونصوص أخرى .

أولا : مجموعة المرافعات المدنية والتجارية :

وهى المجموعة الحالية والتى صدرت بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والصادرة فى ٧ مايو سنة ١٩٦٨ . مكونة من ٥١٣ مادة موزعة على أحكام عامة ، وثلاثة كتب ، الاول خاص بالتداعى أمام المحاكم وهو مقسم الى اثنى عشر بابا ، والثانى خاص بالتنفيذ وهو مقسم الى أربعة أبواب ، أما الكتاب الثالث فيتعلق باجراءات وخصومات متنوعة ، وينقسم الى ثلاثة أبواب .

وقد حلت هذه المجموعة محل المجموعة الصادرة بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، والتى الغيت بعد صدور المجموعة الجديدة ، فيما عدا الفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الاول الخاص بالمعارضة، والمواد من ٨٦٨ الى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية (المادة الاولى من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار مجموعة المرافعات الحالية) .

هذا وقد لحق مجموعة المرافعات الجديدة عدة تعديلات بمقتضى القوانين ٢٥ لسنة ١٩٧١ (٣٨) ، والقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ (٣٩) ،

---

(٣٧) أنظر فتحى والى ص ٩ بند ٥ . والفقيه الايطالى ميكيلى - دروس .
Micheli. Corso di diritto processuale civile, 1959. V. I. p. 98 No 27.

(٣٨) الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٧١ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٧١/٥/٢٠ العدد (٢٠) .

(٣٩) الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٧٣ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٧٣/٤/٥ العدد ١٤ . والذى استبدلت نصوصه بنصوص المواد ١٤٠ ، ١٧٨ ، ٢٥٥ ، ٢٦٣ من مجموعة المرافعات .

والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ (٤٠) والقانونين رقمى ٧٥ ، ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ، والقانون رقم ١٩٧٧/٦٥ ، والقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ (٤١) .

فضلا عن أن هناك مشروع لتعديل قانون المرافعات ، يتضمن تعديلا جوهريا فى بعض موضوعاته مثل قواعد التحكيم واجراءاته ، والرد والاعلان ، وغير ذلك .

ثانيا : النصوص والتشريعات المكملة :

وهى نصوص تشريعية لم ترد فى مجموعة المرافعات الحالية ، وكذلك تشريعات مختلفة تصدر لاعتبارات معينة على استقلال ، وفيما يلى أهمها :

(أ) بعض النصوص التشريعية :

١ - بعض نصوص مجموعة المرافعات الملغية :

لم يشأ المشرع أن يلغى كل نصوص المجموعة القديمة ليأتى بنصوص جديدة فى المجموعة الحالية وذلك لاعتبارات معينة . ولهذا فانه ابقى نصوص الفصل الثانى من الكتاب الثانى عشر الخاص بالمعارضة (٤٢) وهى المواد من ٣٨٥ - ٣٩٣ ، وكذلك المواد من

---

(٤٠) الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٧٤ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ٣٠ مكرر (أ) بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٩ .

(٤١) الاول صادر فى ١٤ أغسطس ١٩٧٦ ومنشور فى العدد ٣٥ من الجريدة الرسمية فى ١٩٧٦/٨/٢٦ ، اما الثانى فصادر بذات التاريخ والمنشور فى العدد ٣٥ مكرر من الجريدة الرسمية فى ١٩٧٦/٨/٢٨ . والثالث منشور فى الجريدة الرسمية ع ٤٨ فى ١٩٧٧/١٢/١ والرابع منشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ١٧ فى ١٩٨٠/٤/٢٤ .

(٤٢) والتى يطعن بها فى الاحكام الغيابية الصادرة فى مسائل الاحوال الشخصية وحدها .

٨٦٨ الى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية (٤٣) .

٢ ـ بعض النصوص الواردة فى تشريعات مختلفة :

وهى عبارة عن نصوص متفرقة ترد فى تشريعات مختلفة مثل المواد من ٩٥٨ ـ ٩٦٧ من القانون المدنى الخاص بدعاوى الحيازة . وبعض نصوص القانون التجارى .

(ب) التشريعات المكملة لمجموعة المرافعات :

وهى تشريعات مستقلة عن مجموعة المرافعات ، ولكنها تكملها واليك اهمها :

١ ـ قانون السلطة القضائية :

وهو القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (٤٤) وهو الذى يتناول ترتيب المحاكم وتشكيلها ، وتشكيلات القضاء المختلفة ، ويحدد ولاية جهة القضاء المدنى ، ويتضمن كافة القواعد المنظمة للقضاة ورجال النيابة العامة ، من حيث شرائط تعيينهم وحقوقهم وواجباتهم وكل ما يتعلق بتاديبهم ومحاكمتهم وكافة شئونهم . وقد عدلت أحكام هذا القانون عدة مرات بمقتضى تشريعات مختلفة (٤٥) . وكذلك

---

(٤٣) وذلك الى ما بعد الانتهاء من القانون المنظم للاحكام الموضوعية لهذه المسائل للارتباط الوثيق بين الاجراءات وبين الاحكام الموضوعية (تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة عن مشروع قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) .

(٤٤) الصادر فى أول اكتوبر سنة ١٩٧٢ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ٤٠ فى ١٩٧٢/١٠/٥ .

(٤٥) مثل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٣ الصادر فى ١٩٧٣/٧/٨ والمنشور فى العدد ٢٨ بتاريخ ١٩٧٣/٧/١٢ . وكذلك القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٦ الصادر فى ١٩٧٦/١/٧ العدد ٢ تابع من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/١/٨ والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ ، ورقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ ثم القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٠ والصادر فى ١٩٨٠/٧/٣٠ المنشور فى العدد ٢٨ مكرر (١) فى ١٩٨٠/٧/١٣ . والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ .

٢ ـ قانون مجلس الدولة :

وهو القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته المختلفة وهو الذى ينظم مجلس الدولة باقسامه الثلاثة القسم القضائى ، وقسم الفتوى وقسم التشريع .

٣ ـ قانون الاثبات :

تحتل قواعد الاثبات المدنية أهمية خاصة ، لأن الحق يتجرد من قيمته اذا لم يقم الدليل عليه ، فالحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء ـ ولذلك كان طبيعيا أن تلقى قواعد الاثبات الموضوعى منها والاجرائى عناية خاصة . وقد اختلفت التشريعات فى اختيار المكان المناسب لقواعد الاثبات فى التقنينات . فذهبت بعض التشريعات الى الحاقها بقانون المرافعات ، وهذا ما قوبل بنقد شديد من الفقه ، فاتجهت بعض التشريعات الأخرى بتوزيع قواعد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات . وكان هذا الاتجاه محل نقد نظرا لصعوبة التفرقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية للاثبات . وهذا ما حدا بالمشرع الجديد الى وضع تشريع موحد يضم القواعد الموضوعية ، والاجرائية للاثبات ، وهو قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (٤٦) .

٤ ـ قانون المحاماة :

وهو القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المنشور بالعدد رقم ١٣ من الجريدة الرسمية فى ١٩٨٣/٣/٣١ والذى حل محل القانون رقم ٦١

---

(٤٦) الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨ والمنشور فى الجريدة الرسمية بنفس التاريخ فى العدد ٢٢ ، وذلك بعد أن الغى الباب السادس من الكتاب الاول من القسم الاول من القانون المدنى ، والباب السابع من الكتاب الاول من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ . وهو الباب الذى ابقاه القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى مادته الاولى ، والذى الغاه القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بعد حوالى عشرين يوما فقط . (أنظر المادة الاولى من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات والمادة الاولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون الاثبات) .

لسنة ١٩٦٨ ، والمعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ . وهو الـــذى ينظم مهنة المحاماة ، شروط مباشرتها وغيرها من الاحكام الخاصـــة بحقوق المحامين وواجباتهم وضماناتهم والنقابة التى تضمهم وفروعها .

٥ ـ بعض القوانين الاخرى :

مثل قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ، وقانون الخبرة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٥٥ والـــذى ينظم الخبرة امام المحاكم . وقانون الحجز الادارى رقم ٣٠٨ لســـنة ١٩٥٥ وتعديلاته المختلفة ، وهذا القانون ينظم اجراءات توقيع الحجوز الادارية . ثم قانون المحكمة الدستورية العليا الجديد رقم ٤٨ لســـنة ١٩٧٩ (٤٧) ، وقانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعـــدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ وهو القانون الذى ينظم هيئة الدفـــاع عن الدولة بأجهزتها المختلفة أمام المحاكم . وقانون النيابة الاداريـــة والمحاكمات التأديبية رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ٥٧٧ لســـنة ١٩٥٤ بشان نزع ملكية العقارات للمنفعة العامـــة او التحســـين .. والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بحماية القيم من العيب ، والقانون ١٠٥ بانشاء محاكم أمن الدولة .

٦ ـ النطاق الزمنى لقوانين القضاء المدنى :

أولا ـ وضع الموضوع فى علم القانون :

اذا كان لكل شىء فى الدنيا حياة معينة ، وان لكل شىء نهايـــة محتومة ، فان القانون هو الآخر له حياة يعيشها ، تبدأ بميلاده أى باصداره ، وتنتهى بانقضائه أى بالغائه . والفترة من البدء الى الانقضاء أى من النفاذ الى الالغاء هى التى تمثل حياة القانون ، أى نطاقـــه الزمنى ، ومن ثم فيطبق على كل ما يقع من أحداث خلال هذه الفترة ،

---

(٤٧) والصادر فى ١٩٧٩/٨/٢٩ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ٣٦ بتاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ .

فلا يسرى على تلك التى وقعت قبل بدئها ، كما لا يسرى على تلك التى تقع بعد انقضائها . وقد ظهر لذلك المبدأ الشهير المعروف بمبدأ عدم رجعية القوانين على الماضى "Principe de la non - rétroactivité" والذى تقتضيه الحياة الاجتماعية والتسيير المنظم لحياة المجتمع ، ومؤدى هذا المبدأ ان القانون لا يسرى على ما تم قبل صدوره من وقائع الا اذا نص المشرع على ذلك صراحه (٤٨) .

الا أن الأمر لا يسير دوما هكذا بهذه البساطة ، اذ أن القول بأن القانون لا يسرى على ما وقع قبل نفاذه (عدم سريانه على الماضى) ليس قولا مطلقا ، اذ أن هناك حالات يسرى فيها القانون على الماضى . اما القول بأن القانون لا يسرى على ما يقع من وقائع بعد الغائه ، فقول هو الاخر يحتاج الى ايضاح وتحديد ، لان هناك وقائع تحدث فى ظل قانون معين وترتب آثارها فى ظل قانون آخر ، وفى هذه الحالات يثور التساؤل عما اذا كان القانون القديم هو الذى يحكم تلك الاثار (أى سريانه بعد الغائه) ، أم أن القانون الجديد هو الذى يسرى عليها ، وبذلك يكون قد سرى على الماضى (٤٩) . وفى سبيل حل هذه المشكلات أى تحديد ما تم قبل صدوره أو بعده ، فقد اختلف الفقه فى ذلك ، وظهرت نظريتان فى هذا الخصوص ، نعرض لهما فى ايجاز شديد :

النظرية الاولى وهى النظرية التقليدية :

ولقد قامت هذه النظرية على التفرقة بين الحقوق المكتسبة Droits acquis وبين مجرد الآمال Simples expectives وانتهى اصحاب هذه النظرية الى القول بأن القانون الجديد لا يسرى على الحقوق المكتسبة فى ظل قانون قديم ، بينما يسرى على مجرد

---

(٤٨) أنظر المادة ٦٦ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ وكذلك المادة ١٨٧ من نفس الدستور .

(٤٩) أنظر أحمد سلامة محمد ـ المدخل لدراسة القانون ـ الكتاب الاول سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ ومنصور مصطفى منصور ـ المدخل للعلوم القانونية ـ الجزء الاول سنة ١٩٦٠ ص ١٩٩ وما بعدها .

الآمال . وفى الحالة الأخيرة لا يكون القانون الجديد قد سرى على الماضى . ورغم اتفاق أنصار هذا الرأى على ذلك ، الا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول ايجاد الضوابط المختلفة للتمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الامل (٥٠) .

النظرية الثانية وهى النظرية الحديثة :

كانت النظرية التقليدية هدفا للنقد من جانب أنصار الاتجاه الحديث ، من حيث قيامها على أساس غامض ، وخلطها بين الأثر الرجعى للقانون وأثره الفورى ولذلك تحولوا عنها ، وأقاموا نظرية جديدة تقوم على دعامتين هما عدم رجعية القانون ، وسريانه بأثر فورى على كل وقائع المستقبل . وقد قام بصياغة هذه النظرية الفقيه الفرنسى روبييه فى مؤلفه المشهور « تنازع القوانين فى الزمان » (٥١) .

- عدم رجعية القانون الجديد :

تقوم النظرية الحديثة على أساس عدم سريان القانون الجديد على المراكز القانونية التى نشأت أو انقضت قبل نفاذه ، فتظل محكومة بالقانون القديم التى نشأت أو انقضت فى ظله ، كما ان القانون الجديد لا يسرى على الآثار التى ترتبت بالفعل على المراكز القانونية القائمة فى ظل القانون القديم ، وقد أوردت النظرية عدة استثناءات هذه الدعامة ، تتمثل فى القوانين الأصلح للمتهم وكذلك القوانين التفسيرية واذا ما نص المشرع على الرجعية فى غير المسائل الجنائية .

---

(٥٠) أنظر فى تفاصيل ذلك منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها . احمد سلامة محمد - المرجع السابق ص ٢١٠ وما بعدها .

(٥١) Roubier, les conflits de lois dans le temps, T.I. 1929. T. II 1933, le droit Transitoire, 2e éd Paris 1960.

ـ الأثر الفورى للقانون الجديد l'effet immédiat. (٥٢) :

ومعناه سريان القانون الجديد بأثر فورى ومباشر على كل ما هو حال أو مستقبل ، فهو يسرى على المراكز التى تبدأ فى ظله ، وكذلك تلك التى ما تزال فى دور التكوين عند نفاذه . وبعبارة أخرى يسرى كمبدأ عام على كل ما يقع منذ العمل به ، أى المراكز التى تنشأ بعد نفاذه وعلى ما يقع من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدىء فى تكوينها أو انقضائها قبل نفاذه أى فى ظل القانون القديم ، كما يسرى القانون الجديد على الآثار التى تترتب بعد العمل به على المراكز القائمة عند نفاذه .

ويستثنى هذا الاتجاه الحديث من هذه الدعامة بعض الحالات يسمح فيها بسريان القانون القديم حتى بعد الغائه ، مثل تلك الحالات التى يتم فيها سريان القانون القديم بعد الغائه ليحكم الآثار القانوبية المترتبة على المراكز العقدية والتى تكونت فى ظله ولا تزال قائمة عند العمل بالقانون الجديد .

ثانيا ـ الوضع بالنسبة لقوانين القضاء المدنى :

ما تقدم كان بالنسبة للقانون بوجه عام ، فهل هذه الحلول هى نفسها التى تطبق على قوانين القضاء المدنى ؟ . وسبب هذا التساؤل هو أن هذه القوانين انما تهتم بصفة أساسية ، بتنظيم الخصومة أمام القضاء ، وهى عبارة عن مركز قانونى يستمر لبعض الوقت ، اذ أنها مجموعة من الأعمال القانونية المتتابعة تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهى باصدار الحكم المنهى لها ، وهى لذلك تستغرق بعضا من الوقت ،

---

(٥٢) أنظر التفاصيل ـ منصور ـ المرجع السابق ص ٢٢٤ وما بعدها . أحمد سلامة ـ ص ٢٢٢ . وما بعدها . سوليس وبيرو جـ ١ بند ٢٣ ص ٢٦ ـ ٢٧ .

الأمر الذى يجعل احتمال صدور تشريع جديد خاص بها قبل انتهائها أمرا كثير الوقوع (٥٣) .

ونستطيع القول بأن قوانين القضاء المدنى كغيرها من القوانين الأخرى تسرى بأثر فورى ومباشر على كل ما يحدث فى ظلها ، ولا تسرى على الماضى (٥٤) . وعلى ذلك فان كل الاعمال التى تمت أو انقضت ، أو رتبت آثارها فى ظل قانون اجرائى معين ، فانها تظل محكومة بهذا القانون ولا يسرى عليها القانون الجديد (٥٥) . ويسرى القانون الجديد بأثر مباشر على كل ما يحدث فى ظله .

وعلى ضوء ما تقدم فانه من المفيد أن نشير فى ايجاز للحلول التى أخذ بها المشرع لتحديد النطاق الزمنى لقانون القضاء الخاص على أساس الدعامتين التى قامت عليها النظرية الحديثة :

(أ) عدم رجعية قانون القضاء المدنى :

لا يطبق القانون الجديد على الخصومات التى انقضت بالفعل قبل نفاذه ، فتظل هذه الخصومات السابقة محكومة بالقانون السابق هى وكل آثارها ، حتى ولو كان القانون الجديد يغير فى طريقة رفع الدعوى أو شروط قبولها ، أو يمنع قبول أدلة معينة فيها أو يلغى طريق تنفيذ تم (٥٦) .

---

(٥٣) أنظر فتحى والى — الوسيط — ص ١٦ — ١٧ . وميكيلى — دروس جـ ١ بند ٢٩ ص ١٠١ .

(٥٤) Roubier paul, le droit Transitoire, 1960. P. 542 et Suiv
ميكيلى — الاشارة السابقة — كيوفندا نظم جـ ١ بند ٢٧ ص ٧٤ كوستا ص ٤ بند ٣ .

(٥٥) كيوفندا — الاشارة السابقة — فتحى والى — الوسيط ص ١٦ وما بعدها . ابراهيم سعد — ص ٢٩ .

(٥٦) أنظر فتحى والى — الوسيط ص ١٧ اوجوروكو — جـ ١ ص ٢٠٨ — ٢٠٩ . وأنظر نص المادة الثانية من مجموعة المرافعات والقائل بأن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . وأنظر كيوفندا — نظم جـ ١ ص ٧٥ بند ٢٧ .

(ب) الأثر الفورى لقانون القضاء المدنى :

نصت المادة الأولى من مجموعة المرافعات على سريان « قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . من هذا يتضح ان لقوانين المرافعات أثرها الفورى والمباشر لتحكم الخصومات المستقبلة وكذلك القائمة على التفصيل الآتى :

١ ـ الخصومات المستقبلة :

تسرى قوانين المرافعات بأثر فورى على كل الخصومات التى تبدأ بعد نفاذه . ومن ثم تخضع لشروط رفع الدعوى واجراءات المطالبة ومواعيدها وفقا للقانون الجديد ، ويطبق ذلك ولو كان الحق الموضوعى المطالب به قد نشأ قبل صدور القانون الجديد (٥٧) . وعلى ذلك اذا الغى القانون الجديد طريقا معينا للحماية القضائية كان معترفا به فى القانون السابق ، زال تبعا لذلك الحق فى الحماية عن هذا الطريق ، ونفس الأمر يصدق بالنسبة لما يقرره القانون الجديد من طريق جديد للحماية لم يكن موجودا قبل ذلك ، فان القانون الجديد يسرى ، ويكون لصاحب الحق ولو كان حقه قد نشأ قبل صدور القانون الجديد الاستفادة من الطريق الجديد (٥٨) .

٢ ـ الخصومات القائمة :

تسرى قوانين المرافعات بأثر فورى على الخصومات القائمة وقت نفاذها ، مع ملاحظة أن ذلك مقيد بتلك الاجراءات أو العناصر التى تتم فى ظله ، اما تلك الاجراءات التى تمت قبل صدور القانون الجديد فتظل محكومة بالقانون السابق . اذ أن كل اجراء يتخذ

---

(٥٧) أنظر ابراهيم نجيب ـ ص ٣٠ . فتحى والى ـ ص ١٧ . كيوفندا نظم ص ٧٥ ـ ٧٦ جـ ١ .

(٥٨) فتحى والى ـ الاشارة السابقة . محمد كمال عبد العزيز . تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ص ٤٢ لسنة ١٩٧٨ .

يخضع للقانون الذى فى ظله تم اتخاذه ، فكل اجراء تم صحيحا فى ظل قانون معين معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ١/٢) . كما ان أثار العمل أو الاجراء التى ترتبت عليه فى ظل قانون معمول به تظل خاضعة لهذا القانون (٥٩) .

واذا كانت هذه هى القاعدة فان المشرع يورد عليها بعض الاستثناءات ، اعمالا منه لاعتبارات معينة ، ويقضى بعدم سريان القانون الجديد عليها وبأثره الفورى ، ويجيز استمرار العمل بالقانون القديم بالرغم من عدم اكتمال المراكز القانونية فى هذه الحالات فى ظله ، واليك بيان بها فى ايجاز .

(أ) القواعد المعدلة للاختصاص القضائى :

اتجه البعض الى القول بأن الخصومة متى رفعت أمام محكمة معينة ، فتظل هذه المحكمة (٦٠) مختصة بالحكم فى الخصومة التى رفعت اليها ، حتى ولو صدر تشريع جديد يخرج الخصومة من اختصاصها ، ويستند أنصار هذا الاتجاه فى تأييد ما ذهبوا اليه الى أن المدعى قد اكتسب حقا فى أن تنظر دعواه المحكمة التى لجأ اليها ، وأن اختصاص المحكمة يتحدد بوقت رفع الدعوى ويعتبر أثر له ، وبالتالى لا يجب ان يتغير الاختصاص بعد ذلك . وهذا الرأى وان كان له وجاهته الا أنه كان هدفا للنقد من جانب الفقه والقضاء على حد سواء (٦١) ، وقيل بحق أن الفرد لا يكتسب حقا فى أن تنظر دعواه أمام محكمة معينة دون غيرها أو أمام محكمة مشكلة تشكيلا خاصا ، وكل ما له فى هذا الصدد هو الحق فى أن توجد له الدولة محكمة

---

(٥٩) روبييه – المرجع السابق ص ٥٥٧ وما بعدها بند ١٠٤ – فتحى والى ص ٢٠ . ابراهيم نجيب ص ٣٠ . وراجع أيضا كوستا ص ٤ بند ٣ .

(٦٠) أنظر كيوفندا – نظم ج ١ ص ٧٦ – ٧٧ بند ٢٧ . وأنظر فى عرض هذا الرأى ومن أيدوه فى روبييه – المرجع السابق – بند ١٠٣ ص ٥٥٣ .

(٦١) أنظر روبييه – الاشارة السابقة .

تفصل فى دعواه (٦٢) . ومنناحية أخرى فان القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائى وتوزيع الاختصاص بين المحاكم ، تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، الأمر الذى يجعلها تطبق بأثر فورى (٦٣) . وعلى هذا استقر القضاء الفرنسى (٦٤) على سريان القانون المعدل للاختصاص أو المنظم للقضاء بأثر فورى ومباشر على كل الخصومات القائمة ، وذلك باستثناء الدعاوى التى صدر فيها حكم قبل الفصل فى موضوعها أو فى مسألة موضوعية . وعلى ذلك اذا صدر تشريع يخرج خصومة معينة قائمة أمام محكمة من اختصاصها ، لادخالها فى اختصاص محكمة أخرى واما لالغاء المحكمة الاولى ، فانه يمتنع عليها الفصل فى هذه الخصومة ، ووجب نقلها الى المحكمة الجديدة اعمالا للقانون الجديد .

وقد ساير المشرع المصرى هذا الاتجاه ونص فى المادة الثانية من قانون اصدار مجموعة المرافعات بقوله : « على المحاكم ان تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها . وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الاحالة اليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى » (٦٥) .

الا أن هناك اعتبارات عملية تقتضيها المصلحة العامة ومصلحة الخصوم ، تستوجب عدم اعادة النظر فى خصومات تم تحقيقها

---

(٦٢) رمزى سيف ـ المرجع السابق بند ٧ ص ١٤ .

(٦٣) ابراهيم نجيب سعد ـ ص ٢٣ . سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ٢٤ ص ٢٨ ـ ٢٩ . روبييه بند ١٠٣ ص ٥٥٢ .

(٦٤) أنظر فى ذلك سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ٢٦ ص ٣٠ والاحكام المشار اليها ص ٣٠ فى هامش ٣ . فنسان بند ٨ ص ١٤ . روبييه ـ المرجع السابق ص ٥٥٥ .

(٦٥) مع استثناء الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم والتى تبقى خاضعة لاحكام النصوص القديمة . أنظر المذكرة الايضاحية للقانون القديم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

وأصبحت صالحة للحكم فيها ، وتستلزم استمرار المحكمة التى رفعت اليها الدعوى فى اصدار الحكم المتعلق بها بالرغم من أنها قد أصبحت غير مختصة وفقا للقانون الجديد . ولذلك نجد أن المشرع يستثنى من الأثر الفورى القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى (م ١/١ مرافعات) (٦٦) وحتى يسرى هذا الاستثناء ولا يطبق القانون المعدل للاختصاص من قاعدة الأثر الفورى يجب أن تكون الدعوى قد قفل فيها باب المرافعة ، أى امتنع على الخصوم تعديل طلباتهم أما اذا اجازت المحكمة تقديم مذكرات فى فترة حجز الدعوى للحكم ، فان باب المرافعة لا يكون مقفولا الا بانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات (٦٧) . وكذلك الأمر اذا أعادت المحكمة الدعوى للمرافعة بعد قفل بابها ، يجب عليها أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة اذا ما خرجت الدعوى على اختصاصها بمقتضى القانون الجديد . واذا كانت الدعوى مؤجلة للنطق بالحكم فى موضوعها وصدر قانون جديد معدل للاختصاص ، فلا يسرى بأثر فورى ، أما اذا كانت مؤجلة للحكم فى مسألة فرعية ، فيجب على المحكمة التى لم تعد مختصة بالدعوى وفقا للقانون الجديد أن تحيلها الى المحكمة المختصة الجديدة (٦٨) .

(ب) القوانين المعدلة للمواعيد :

اذا كان هناك ميعادا قد بدأ قبل صدور قانون جديد يعدل من مدته ، تطويلا أو تقصيرا ، والفرض ان الميعاد لم تكتمل مدته

---

(٦٦) وهناك من يرى أن القوانين المعدلة للاختصاص انما هى تلك المتعلقة بتغيير الولاية أو الاختصاص دون تلك التى تلغى محكمة قائمة أو جهة قضائية . اذ تطبق هذه القوانين بأثر فورى حتى على الدعاوى التى قفل فيها باب المرافعة قبل العمل بها (محمد وعبد الوهاب العشماوى — جـ ١ بند ٤٩ ، أحمد أبو الوفا — المرافعات ط ١٢ بند ١٣) ، وكذلك القوانين التى تمنع القضاء من نظر دعاوى معينة أبو الوفا — المرافعات ص ٣٢ هامش .

(٦٧) محمد كمال عبد العزيز ص ٢٣ . ونقض ١٩٦٦/٢/٢٤ المجموعة س ١٧ ص ٤٦٧ .

(٦٨) أنظر رمزى سيف ص ٢٦ . ابراهيم نجيب ص ٣٥ .

الا بعد نفاد القانون الجديد . فهل يسرى القانون القـــديم عليه أم القانون الجديد ؟ هناك من يرى (٦٩) أن القاعدة فى هذا الخصـــوص تتمثل سريان القانون القديم على هذا الميعاد بالنسبة لانتهائه ولو صدر قبل ذلك قانون معدل له ومبنى هذه القاعدة هو احترام الحقـــوق المكتسبة . ويشترط لاعمال القاعدة أن يكون الميعاد موجودا فى القـانون القديم وأن يكون قد بدأ فى ظله (٧٠) .

الا أن هذا الرأى يعد ترديدا للنظرية التقليدية المهجورة لتحديد النطاق الزمنى للقوانين ، أما النظرية الحديثة والتى أخذ بها القانون المصرى والمعرفة بالأثر الفورى للقوانين . مؤداها أن القانون الجـــديد اعمالا لأثره الفورى والمعدل للمواعيد ، يطبـــق على تلك التى بدأت فى ظل القانون القديم ولكنها لم تكتمل الا بعد نفاذ القانون الجديد . اذ أن الأمر يتعلق بمركز قانونى لم يكتمل ومن ثم تخضع العنـــاصر التكوينية للقانون الذى تتحقق فى ظله وهو القانون الجديد (٧١) .

الا أن المشرع استثناء من هذا الأصل قد أخضع المواعيـــد التى بدأت فى ظل قانون قديم لهذا القانون بالرغم من عدم اكتمالها الا بعد صدور قانون جديد معدل لها (م ٢/١ مرافعات) . والمقصـــود بالمواعيد فى هذا الخصوص مواعيد المرافعات بمعناها العام والـــذى يتسع ليشمل مواعيد الطعن والسقوط واعتبار الدعوى كأن لم تكـــن وغير ذلك من المواعيد (٧٢) . وهذا الاستثناء لا يسرى الا اذا كان الميعاد موجودا فى القانون القديم ، وكل ما فعله القانون الجـــديد ليس الا تعديلا فيه ، كما يشترط أن يكون الميعاد قد بدأ بالفعل فى ظل القانون القديم . ولا يطبق الاستثناء على القوانين المســـتحدثة

---

(٦٩) رمزى سيف ـ ص ١٦ ـ ١٨ بند ٨ . قارن فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٢ .

(٧٠) رمزى سيف ص ١٦ ، ١٧ . فتحى والى الاشارة السابقة .

(٧١) ابراهيم نجيب . ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٧٢) ابراهيم نجيب ـ الاشارة السابقة . فتحى والى ـ الاشـــارة السابقة .

لمواعيد جديدة ، أو الملغية لمواعيد قائمة حتى ولو كانت قد بـــدأت بالفعل ، فهذه تسرى بأثر فورى (٧٣) .

(جـ) القواعد المنظمة لطرق الطعن :

بالنسبة للقواعد المحددة لاجراءات الطعن ، فانه يسرى عليهـــا القانون الجديد النافذ قبل اتخاذها ، حتى ولو كان الحكم المـــراد الطعن فيه قد صدر فى ظل قانون قـــديم كان يغاير فى اجـــراءات الطعن .

أما بالنسبة للقواعد القانونية المنشئة لطريق طعن لم يكن موجودا ، أو ملغية لطريق طعن قائم ، فيطبق القانون النافذ وقت صدور الحكم . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء ، وما أخذ به المشرع المصرى بمقتضى نص المادة الأولى/٣ من قانون المرافعـــات أما بالنسبة للأحكام التى صدرت قبل نفاذ القانون الذى أنشأ طريقا للطعن لم يكن موجودا ، أو ألغى طريق قائم ، فيسرى عليها القانون القديم وهو الذى كـــان قائما وقت صدورها ، وبالتالى ليس للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم بالطريق المستحدث ويكون له الطعن فى الحكم بالطريق الذى تم الغائه بمقتضى القانون الجديد . اذ لا يسرى القانون الجديد بأثر فورى — فى هذه الحالات .

واذا كان المشرع المصرى قد أوضح القاعدة العامة فى حـــل التنازع الزمنى بين قوانين المرافعات فى صدر المادة الأولى من مجموعة المرافعات ، ثم وضع بعد ذلك الاستثناءات التى ترد على هذه القاعدة فى بنود ثلاثة ، وكان البند الثالث خاص « بالقوانين المنظمة » لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمـــل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق ، وهذا ما يؤدى الى فهم بأن هذا يمثل استثناء على القاعدة المعروفة بالأثر الفورى للقانون الجديد .

---

(٧٣) أنظر ابراهيم نجيب ص ٣٧ . محمد كمال عبد العزيز ص ٤٤ وانظر المادة ٢/٢ مرافعات .

ولكن الواقع ـ كما قيل بحق ـ (٧٤) أن ما نص عليه المشرع فى هذا الخصوص لا يمثل استثناء من مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد ، وانما اعمال له من ناحية وعدم رجعية القانون الجديد على الماضى من ناحية أخرى ، وهما الدعامتان اللتان قامت عليهما النظـــرية الحديثة فى هذا العدد . اذ أن القانون الجديد يسرى بأثر فورى على كل المراكز القانونية التى تبدأ أو تنتهى فى ظله وكذلك يسرى على كل عناصر التكوين أو الانقضاء بالنســـبة للمراكز التى فى دور التكوين أو الانقضاء . واذا كان الحق فى الطعن لا ينشأ الا بصدور الحكم ، وما الحكم الا العمل الختامى فى الخصومة . فان الحق فى الطعن يتحدد وقت صدور الحكم وفقا للقانون السارى فى هذا الوقت . وعلى ذلك فاذا ما صدر حكم بعد العمل بقانون جديد منشىء أو ملغى لطريق من طرق الطعن ، فان هذا القانون يسرى بأثر فورى على الخصومة وبما فيها الحق فى الطعن بالرغم من أن هذه الخصومة قد بدأت فى ظل قانون قديم ، الا أنها لم تستكمل الا فى ظل القانون الجديد ومن ثـم فيسرى عليها هذا القانون بالنسبة لما يتخذ فيها من أعمال بعد صدوره . أما حيث يتصل الأمر بحكم صدر قبل نفاذ القانون الجديد ، فان الطعن فيه يحكمه القانون الذى نشأ فى ظله الحق فى الطعن وهو القانون القديم . وليس القانون الجديد . لأنّنـــا نكون أمام مركز قانونى تام التكوين فى ظل القانون القديم ومن ثم لا يسرى عليه القانون الجديد ـ حيث لا رجعية القوانين ـ حتى ولو تم مباشرة الحق فى الطعن بعد نفاذ القانون الجديد .

(د) القواعد المتعلقة بأدلة الاثبات :

تنقسم قواعد الاثبات الى قواعد موضوعية ، وأخرى اجرائية . والأولى تتعلق بطرق الاثبات وأحواله ، وتحديد من يقع عليه عبء الاثبات ، فى حين أن الثانية هى التى تنظم اجراءات وأوضاع تقديم أدلة الاثبات .

---

(٧٤) أنظر ابراهيم نجيب سعد ـ ص ٤٢ .

ولا جدال فى أن اجراءات الاثبات تخضع لما تخضع له الاجراءات فى عمومها ومن ثم فيسرى عليها القانون النافذ قبل اتخاذ اجراءات الاثبات ، حتى ولو كانت الوقائع المراد اثباتها قد تمت فى ظل قانون سابق (٧٥) كان يغاير من هذه الاجراءات ، فقواعد الاثبات الاجرائية اذن تسرى بأثر فورى ومباشر على كل ما يتخذ من اجراءات بعد نفاذها .

الا أن مشكلة قد ظهرت بالنسبة لتلك القواعد المتعلقة بقبول الدليل وقوته فى الاثبات ، وهل تعد قواعد اجرائية حتى يسرى عليها القانون النافذ وقت اتخاذها أو مباشرتها ، أم لا تعد كذلك نظرا لاتصالها بالواقعة محل الاثبات ، ومن ثم يسرى عليها القانون القديم النافذ وقت تكوينها ؟

ذهب الفقيه الايطالى كيوفندا (٧٦) الى أن مسائل القبول Ammissibihté تعتبر من المسائل الاجرائية ، ومن ثم يسرى عليها القانون النافذ وقت تقديمها ، ودليله فى ذلك أن أدلة الاثبات تقدم لتكوين اقتناع القاضى ، ومن ثم يجب تطبيق القانون النافذ فى هذا الوقت ، فليس من المنطق فى شىء أن يقبل القاضى دليل اثبات معين على واقعة محددة ، وفى نفس الوقت يرفض ذات الدليل بالنسبة لواقعة مماثلة ، لمجرد أن الدليل الأول قد أعد فى ظل قانون سابق كان يسمح بذلك .

ولكن هذا الرأى رغم وجاهته ، لم يلق قبولا من الفقه والقضاء نظرا لما يؤدى اليه من الاضرار بمصالح الخصوم الذين كانوا قد اطمأنوا الى دليل معين لاثبات ادعائهم ، ثم يفاجأوا بعد ذلك بقانون جديد يستلزم دليل آخر لا يكون فى استطاعتهم تقديمه ، الأمر الذى يهدر الثقة التى اطمأن اليها الخصوم ويهدر لذلك مصالحهم . فمثلا

---

(٧٥) فتحى والى – الوسيط ص ١٨ .
(٧٦) كيوفندا نظم – الجزء الأول بند ٢٧ ص ٧٧ – ٧٨ .

لو أن القانون القديم كان يجيز اثبات واقعة معينة بالبينة ، وتصرف الخصوم على هذا الأساس وعند المطالبة بالحق كان قد صدر قانون جديد يستلزم اثبات هذا التصرف بالكتابة ، فمن غير المعقول مطالبة الخصوم بتقديم كتابة لاثبات ادعائهم ، لم يكن قد أعدوها قبل ذلك لأن القانون السارى وقت التصرف لم يكن يستلزم الكتابة (٧٧) .

وازاء هذا النقد فقد فرق الفقه (٧٨) بين نوعين من الأدلة :

ـ الأدلة المعدة أو المهيأة Preuve préconstituée

وهى تلك التى تعد عند القيام بالعمل أو التصرف محل الاثبات مثل الكتابة ، وهذه الأدلة يسرى عليها القانون النافذ وقت تكوين العمل أو التصرف ، ولا يسرى عليها القانون الجديد بأثره الفورى (٧٩) . وكذلك القرائن القانونية يطبق بشأنها هى الأخرى القانون السارى وقت تكوين التصرف أو الواقعة التى ترتبط بها (٨٠) .

ـ الأدلة غير المعدة :

وهى تلك المتعلقة باثبات الوقائع القانونية . ونظرا لأن هذه الوقائع ليست أعمالا ارادية تستهدف الارادة منها ترتيب آثار قانونية معينة ، فان أدلة اثباتها لا تعد مقدما . ولهذا فمن المنطقى أن تخضع للقانون السارى المفعول وقت تقديم الدليل .

---

(٧٧) روبييه ـ المرجع السابق بند ٥٢ ص ٢٣٠ وما بعدها . موريل ـ بند ٢٠ ص ٢١ فتحى والى ـ الوسيط ص ١٩ . ابراهيم نجيب ص ٣٨ .

(٧٨) روبييه ـ المرجع السابق بند ٥٣ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥ . موريل الاشارة السابقة .

(٧٩) وبهذا تنص المادة التاسعة من القانون المدنى على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان يجب فيه اعداده » .

(٨٠) روبييه ـ المرجع السابق ص ٢٣٦ .

١٣ ـ منهج الدراسة :

بعد أن عرضنا للمقصود بقانون القضاء المدنى ، وانتهينا الى أنه القانون المنظم لهذا القضاء ، ودوره فى الحياة القانونية ، والاجراءات التى يجب اتباعها فى مباشرة نشاطه ، يتضح لنا أن القضاء المدنى هو موضوع ومحل هذا القانون ، وحوله تدور كل الدراسات القانونية فى هذا الفرع من فروع القانون .

وعلى ذلك فان هذا المؤلف يتخذ من القضاء المدنى وقواعد تنظيمه موضوعا لـه .

والدراسة العلمية لهذا القانون ، تقتضينا البدء بدراسة القضاء المدنى فى سكونه ، أى بدراسة وظيفة هذا القضاء محددين أجهزته بتشكيلاتها المختلفة وكذلك قضاته وأعوانهم ، مبينين ولايته وحدود اختصاص محاكمه كل ذلك فى جزء أول . اما فى الجزء الثانى فسوف نتحدث عن القضاء فى حركته ، أى التقاضى أمام هذا القضاء ، وسيلته واجراءات الحصول على حمايته .

١٤ ـ واذ أقدم هذه الدراسة فى التنظيم القضائى والتقاضى أمام القضاء المدنى لدارسى القانون وطلاب المعرفة القانونية ، لأرجو أن أكون قد وفقت ـ بعون من الله وتوفيقه ـ فى عرض موضوعات هذا العلم فى وضوح ويسر ، وأن اكون قد ابتعدت عن الاطالة فيما لا فائدة منه . وأن يجد فيها القارىء ، عونا له على الالمام بموضوعات هى من أدق موضوعات القانون ، وأكثرها لزوما لمن يتخذ من القانون مهنة له . وأن يشفع لى القارىء ، حسن القصد اذا وجد مأخذا أو رأى نقصا ، فالكمال لله وحده . والله ولى التوفيق .

« ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا ، ويسر لنا العمل كلما علمتنا ، وأوزعنا شكر ما أتيتنا ، وأنهج لنا سبيلا يهدى اليك ، وافتح بيننا وبينك بابا نفد منه عليك ، لك مقاليد السموات والأرض وأنت على كل شىء قدير » .

المؤلف

د . محمود محمد هاشم

القاهرة ـ سبتمبر ١٩٨٩



الجزء الأول

قواعد التنظيم القضائي

القضاء ووظيفته، تشكيلاته وقضاته، ولايته واختصاصاته

١٥ ـ تمهيد وتقسيم :

تحتل قواعد التنظيم القضائى أهمية بالغة فى نظامنا القانونى ، فالقضاء هو موضوع هذا القانون ومادته ، وحوله تدور جميع قواعده ، فهى المنظمة للقضاء فى سكونه وحركته . ولهذا لم يكن غريبا أن تحتل قواعد التنظيم القضائى مساحة هامة فى المؤلفات العامة لهذا الفرع من القانـــــون .

وعلى الرغم من أهمية القواعد المنظمة للقضاء ، فان هذه القواعد لم تنل حظها فى التأليف ، ودراسة مشاكلها ودقائقها . وسبب ذلك أن هذه القواعد تدخل جزءا فى مقرر المرافعات الذى يتم تدريسه لطلاب الفرقة الثالثة بكليات الحقوق ، والمخصص له ساعات ثلاث فحسب . الأمر الذى لا يجد معه أستاذ المرافعات وقتـــــا للدخول فى تفاصيل علم القضاء ومشاكله ، بالاضافة الى ما يجب عليه تدريسه من قواعـــد ممارسة وظيفة القضاء المتعلقة بكيفية الحصول على حمايته ، الدعوى ، والخصومة واجراءاتها ، وما الى ذلك من قواعد .. وينقضى العـــام الدراسى ، ولم يكن هذا الأستاذ قد فرغ من تدريس القواعد الأصولية العامة فى هذا المقام .

وعلاجا لهذا فاننا نرى أن تستقل مادة القضاء ، بمقرر مستقل من مقررات الدراسة بالسنة الثانية بكليات الحقوق ، يشتمل على قواعد التنظيم القضائى فى سكونه . جهاته وتشكيلاته ، ولايته وقواعد توزيعها ثم قضاته وقواعدهم .

والى أن يجد هذا الاقتراح صدى عند القائمين على أمر تطـــوير الدراسات القانونية . فاننا نعرض ـ فى عجالة لوظيفة القضاء ثـــم أجهزته وقضاته ، وقواعد توزيع ولايته على محاكمه المختلفة . وقبل ذلك نعرض لتعريف القضاء .

فالقضاء مفرد ومعناه الحكم ، وهو مصدر وفعله قضى يقضى ، وفاعله قاض ، ويأتى القضاء من لغتنا العربية بمعان متعددة ، فتارة

بمعنى الأمر ، وتارة بمعنى الحكم ، وأخرى بمعنى الأداء والفـــراغ وغيرها (١)

والقضاء فى الفقه الاسلامى عند الأحناف هو « الفصل فى الخصومات وقطع المنازعات » وعند الحنابله « تبيين الحـــكم الشرعى والالزام بـــه » (٢) .

والقضاء بالحق واجب أمر الله به أمرا حازما محتما ، أمر الله به رسله وأنبياءه . لأنه لا يستقيم أمر الأمة بدونه ، فالخصـــومة من لوازم البشر ، وتنازع البقاء سنة الكون . ولهذا كان القضاء فرض عين على الامام ، يتعين عليه القيام به تيسيرا لأمور الناس ومصالحهم ، أو أن يعهد به الى غيره ممن يتصفون بالتقوى والورع والعلم والخشية من الله . فالقضاء بالحق سنة متبعة وفريضة محكمة ، وهو من أقـــوى الفرائض ومن أشرف العبادات .

ودراسة علمية لعلم القضاء ، تقتضينا البدء بتحديد وظيفـــة القضاء ومدلولها . ثم أجهزة هذا القضاء وقضاته ، وبيان ولايته وقواعد توزيعها على هذه الأجهزة التى تتكون منها .

ونخصص بابا لكل موضوع من هذه الموضوعات .

---

(١) أنظر فى تفاصيل هذه المعانى ، مؤلفنا . القضاء ونظام الاثبات فى الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية ، ط الأولى . عمادة شئون المكتبات ، جامعة الملك سعود – الرياض ، ١٩٨٨ ، ص ٩ ، بند ٥ . وكذلك مؤلفنا « النظام القضائى الاسلامى » دار الفكر العربى ، ١٩٨٥ ، ص ١٧ .

(٢) أنظر تفصيلا ، المرجعين السابقين .

الباب الأول

وظيفـــة القضـــاء

Fonction de la juridiction

١٦ - تقـــديم :

من المعروف علميا وعمليا ، أن النظام ضرورة تحتمها الحيـــاة الاجتماعية المنظمة لشعب معين ، وأن القانون هو أداة تحقيق هـــذا النظام ، بما يحدده من حقوق الأفراد وحرياتهم ، مبينا لهم ســـبل ممارستها والانتفاع بها . فالنظام القانونى يستهدف الخير للجماعة ، والحماية لأفرادها من شرور الآخرين وجشعهم . الا أن هذا النظـــام لا تستقر أحواله ، ولا تستقيم أموره ، الا اذا وجدت الســـلطة التى تكفل - جبرا - مطابقة الواقع للقانون ، وذلك عندما لا يتم هذا التطابق اختيارا وبواسطة النشاط اليومى للأفراد . ومن هنـــا كان القضـــاء وكانت ضماناته ، يعمل على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم حمـــاية قضائية . فهو الذى يكفل تحقيق القانون ، ومطابقته للواقع . والحماية القضائية هذه ما هى الا نوع من الحماية القانونية التى يتكفل بهـــا النظام القانونى .

ووظيفة القضاء تعد احدى الوظائف التقليدية الثلاث التى تقوم بها الدولة الحديثة ، بجانب الوظيفتين التشريعية والتنفيذية . ويتولى القضاء باعتباره سلطة هذه الوظيفة .

وتعترف الأنظمة المختلفة للقضاء وهو يمارس وظيفته بنوعين من السلطة ، أولها سلطة القضاء بالمعنى الدقيق التى يصدر عنها أعمـــالا قضائية بالمعنى الفنى ، وهذه هى ما نطلق عليها الوظيفة القضـــائية للقضاء . وثانيها سلطة ولايته يصدر بمقتضاها أوامر وقرارات لا تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وهذه السلطة هى ما نطلق عليها الوظيفة الولائية .

وعلينا أن نبدأ فى فصل أول بالحديث عن الوظيفة القضـــائية للقضاء بالمعنى الفنى ، محددين ماهيتها وخصائصها وصورها . ثم نختتم هذا الباب ببيان الوظيفة الولائية للقضاء .

الفصل الأول

الوظيفة القضائية

الحمايــــة القضــــائية Tutela giurisdizionale

١٧ - تمهيـــــد :

لا جدال فى أن الدولة ، بوصفهـــا التشــــخيص القانونى لشعب منظم تحت سلطة سياســـية ، تسكن اقليما معينا - تقـــوم بوظائف أساسية معينة ، فهى تقوم باصدار التشريعات المحددة لأهـــداف ومثل المجتمع العليا ، والمبينة لحقوق الأفراد وحرياتهم وكيفية ممارسـتها ، وهذه هى الوظيفة التشريعية والتى يقوم بها كقاعدة البرلمان « مجلس الشعب » ، وهى تقوم ثانيا بتنفيذ القوانين وتســـــيير أمور الدولة ومرافقها العامة ، وهذه هى الوظيفة التنفيذية والتى تقوم بها الحكومة والاجهزة الادارية المختلفة ، وهى تقوم ثالثا باقامة العدل بين مواطنيها ، عن طريق الإعمال الفعلى لقواعد القانون وهذه هى الوظيفة القضائيـــة Juridiction contentieuse au Juridictionnelle والتى يقوم بها كقاعدة القضاء

وقيام الدولة بهذه الوظائف الثلاث ، أمر لا خـــلاف عليـــه ، ولا جدال فيه ، فالدولة التى لا تقوم بهذه الوظائف لا توصف بانهـــا دولة ، فهذه الوظائف مرادفة لفكرة النظام الذى يعد عنصرا من عناصر وجود الدولة (١) .

---

(١) أنظر سليمان الطماوى - السلطات الثلاث فى الدســـــاتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الاسلامى . دار الفكر العربى سنة ١٩٦٧ ص ١٣ . مع ملاحظة ان هناك وظائف أخرى يمكن أن تقوم بهـــا الدولة وفقا للفلسفة التى تأخذ بها وفى هذا يختلف الأمر من دولة الى أخرى . أنظر ذات المرجع ص ١٤ وما بعدها .

وتقوم الدولة بهذه الوظائف عن طـــريق هيئات أو ســـلطات معينة تقوم بانشائها لهذا الغرض ، وتخصص هيئة لكل وظيفـــة ، تباشرها على استقلال . وحتى لا تتركز الوظائف أو السلطات ، فى يد واحدة ، فردا كان أو هيئة ، حتى لو كانت الهيئة هى الشعب ذاته ، لأن كل سلطة مفسدة ، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة (٢) . وقد لوحظ كما قال الفقيه Montesquieu أن الانسان اذا ما تمتع بسلطة معينة فانه يسىء استخدامها ، ويتمادى فيه الى أن يجد حدا لوقف هـــذا الاستخدام السىء ، ولهذا نادى الفقيه الكبير بالمبـــدأ المشـــهور « الفصل بين الســلطات » "Principe de Separation des pouvoirs" والذى (٣) يقوم على أساس أن السلطة تحد السـلطة le pouvoir arrête le pouvoir" . ومن الجدير بالذكر أن مبدأ الفصـــل بين السلطات أصبح من عماد الديمقراطية النيابية (٤) ، وأصبح العــالم المعاصر يأخذ به فى سبيل تنظيمه لوظائفه الثلاثة .

وقد أخذت مصرنا وفى دساتيرها المتعاقبة ابتداء من دســتور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بدستور مصر الدائم الصـــادر فى ســـنة ١٩٧١ ، بهذا المفهوم لوظائف الدولة . واذا كان من السهل نظريا التمييز بين

---

(٢) انظر فؤاد العطار . الاشارة السابقة .

(٣) وهو المبدأ الذى ارتبط بالفقيه مونتسكييه بالرغم من أنـــه ليس أول القائلين به ، فقد سبقه فى ذلك كل من ارسطو وأفلاطون من بعده من الفلاسفة الاغريق « أنظر فؤاد العطار - المرجع الســابق - ص ٦٨ وما بعدها . كامل ليلة ص ٥٥٢ - ٥٥٣ ، وقارن الدكتـــور محمد بدر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية جـ ١ سنة ١٩٧٤ ص ١٦٤ - ١٦٥ . عثمان خليل والطماوى - ما سبق ص ٢٢٦ .

(٤) وهى احدى صور الديمقراطية والتى قد تكون مباشرة أو شبه مباشرة أو نيابية (أنظر هذه الصور بالتفصيل فى مؤلفات فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٣٣٩ وما يليها . كامل ليلة ص ٥٠٣ وما بعدها . ثروت بدوى ص ١٦٨ وما بعدها . وانظر رسالة الدكتور أنور رسلان للدكتوراه لجامعة القاهرة « الديمقراطية بين الفكر الفردى والفكـــر الاشتراكى سنة ١٩٧١ . وعبد الفتاح العـــدوى الديمقراطية وفكرة الدولة . سلسلة الالف كتاب » .

هذه الوظائف القانونية للدولة ، فان هذه السهولة سرعان ما تتبدد من الناحية العملية نظرا لتشابك العلاقات بين الهيئات التى تؤدى هـذه الوظائف ، وهذا يقتضى منا بالضرورة التمييز بين هذه الوظائف الثلاث للدولة ، وذلك للوصول الى فكرة واضحة للوظيفة القضائية .

١٨ ـ وعلى هذا ينقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نبين فى الأول التمييز بين وظيفة القضاء وبين غيرها من وظائف الدولة . واذا انتهينا من هذا وجب علينا أن نحدد خصائص هذه الوظيفة ، أى خصائص العمل القضائى وصور الحماية التى تمنحها الوظيفة القضائية .

المبحث الأول

تمييز وظيفـــة القضـــاء

١٩ ـ تمهيـــد :

للوصول الى فكرة واضحة للعمـــل القضائى ينبغى الوقوف على فكرة واضحة لوظيفة القضاء ذاتها . وهذا لا يتأتى الا اذا ميزنا وظيفة القضاء ، وباعدنا بينها وبين وظيفتى التشريع والادارة التى تقوم بهما الدولة . وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

الوظيفة القضـائية والوظيفة التشريعية

٢٠ ـ لم يثر خلاف بين الفقهاء بشأن التمييز بين أعمال الوظيفة القضائية وأعمال الوظيفة التشريعية ، وذلك لوضوح الفواصـــل بين الوظيفتين ومجال كل منهما . اذ أن الوظيفة التشريعية ، تتمثل فى اصدار القواعد العامة المجردة (القوانين) المنظمة لسلوك الأفراد فى المجتمع ، والمحددة لحقوقهم وسـبل ممارستها وواجباتهم ، اى وضع قواعد سلوك عامة ومجردة ، تخاطب بها كل أفراد المجتمع ، يلتزمون بها ، ويطبقونها فى سلوكهم وفى معاملاتهم . أما القضاء فيعمل على اعمال هذه القواعد فى الواقع الاجتماعى ، عندما لا يتم اعمالها اختيارا من جانب الأفراد (٥) وبعبارة أخرى فانه بينما يقوم المشرع بخـلق وانشاء القواعد العامة المجردة ، يقوم القضاء بتحقيق هذه القـــواعد العامة على وقائع محددة ، تعرض عليه ، عندما يحول دون تحقيقها من جانب الأفراد مانع من الموانع . فالقـــاضى اذن على عكس المشرع لا يخلق قاعدة ، وانما يحقق قاعدة موجودة سلفا على ما قد يعرض عليه

---

(٥) وفى ذلك يقول الفقيه الايطالى أوجوروكو فى مطوله : « ان موضوع النشاط القضائى فى الواقع انما هو التأكيد أو التحقيق الجبرى المحدد للمصالح المحمية بصفة مجردة عن طريق القواعد الموضوعية وذلك عندما لا يتم تحقيق أو مراعاة هذه القواعد » جـ ١ بند ٤ ص ٤٧ .

من وقائع محددة . وذلك لتحقيق الحماية القانونية للمصالح التى اراد المشرع حمايتها عن طريق القواعد الموضوعية (٦) . وذلك عند تعرض هذه المصالح للاعتداء عليها أو التهديد به (٧) .

وحتى فى الحالات التى يضطر فيها القاضى الى خلق قاعدة تحكم ما هو معروض عليه ، عند عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع ، حتى لا يقع تحت طائلة العقاب ، فان ما يخلقه القاضى فى هذا الخصوص لا يعد قاعدة قانونية بالمعنى الفنى ، وانما تظل لها صفة الخصوصية بالنسبة لما طبقت عليه (٨) . وتفصيل ذلك ، ان التشريعات المعاصرة ، تلزم القاضى بضرورة تحقيق الحماية القضائية ، بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات ، والاجابة على كل طلب أو دفع يقدم اليه ، والا عوقب باعتباره منكرا للعدالة ، وهى الجريمة المنصوص عليها فى تشريعنا العقابى فى المادة ١٢٢ منه ، والتى تقضى بالعزل أو الغرامة على القاضى الممتنع عن الحكم . « ويعد ممتنعا عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه فى هذا الشان .. ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر » يتضح أن القاضى لا يقبل منه الاعتذار عن

---

(٦) وعلى ذلك فهناك من يقول ان كلا من المشرع والقاضى يعمل لحماية المصالح . وكل ما يفرق بينهما هو نطاق هذه الحماية فحسب ، فالدولة تحدد بالقانون المصالح التى تحميها وحدود حمايتها بصفة مجردة ، ويأتى القضاء ليحقق هذه الحماية بالفعل فى حدود قواعد القانون ، على حالات خاصة أو أفراد معينين (أنظر فى هذا المعنى . الحكم المدنى لروكو الفريدو ص ٨ وما بعدها . وأوجو روكو - المرجع السابق ص ٦٤ - ٦٥ . كوستا - ص ٧٦ بند ٥٣ . ساتا ص ٦ بند ٢ . لوجو اندريا - موجز ص ٤ . وأنظر عرضا لنظريات القضاء فى

Zanzucchi, Tullio, Dir. proc. civ. giuffré 1964. V.I. P. 5e seg

(٧) أنظر للمؤلف - الموجز فى قانون المرافعات - فى الأعمال القضائية وطرق الطعن فى الأحكام دار التوفيق ٧٩ - ١٩٨٠ ص ٧ - ١٠ . فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٣٩ بند ١٥ .

(٨) Morel René, Traité élémentaire de pocédure civile, 3o. éd. 1949 P. 78.

الحكم بعدم وجود نص ، وانما عليه ان يجتهد برأيه ـ مسترشدا فى ذلك بمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ـ حتى يصل الى قاعدة تحكم النزاع المعروض عليه . ويكون القاضى قد خلق قاعدة ـ متى وصل اليها ـ تحكم النزاع المعروض عليه . فهل تعادل هذه القاعدة فى قوتها القاعدة القانونية ؟ لا شك أن الاجابة على هذا التساؤل لا تكون الا نفيا . اذ يظل الفارق قائما بين القاعدتين . فالقاعدة القانونية هى قاعدة عامة مجردة وملزمة للافراد والقضاء معا فى حين أن القاعدة التى خلقها القاضى ـ للافلات من العقاب ـ فتظل لها خصوصيتها بالنسبة للنزاع الذى خلقت من أجله وطبقت عليه ، ولا تكتسب أبدا صفتى العمومية والتجريد المقررة بالنسبة للقاعدة القانونية . فلا يلتزم القاضى نفسه بها فى قضاياه المستقبلة ، ولا يلتزم بها غيره فى القضايا المشابهة (٩) .

ومن ناحية ثانية ، فان العمل التشريعى ـ متى صدر ـ يلزم المخاطبين به ، ويحتج به عليهم جميعا دون تحديد لأسمائهم أو صفاتهم ، فالكل مخاطب بالقانون ، ومطالب باحترامه وتنفيذه سواء

---

(٩) وقد يقال ان القاعدة التى استحدثها القاضى ـ مسترشدا بقواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى ـ تعد قاعدة قانونية بالمعنى الفنى على اعتبار أن قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى تعد من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . الا أن الرد على هذا القول سهل ميسور ، اذ أن هذه القواعد أو تلك المبادىء لم توضع ضمن مصادر القانون الا « لانقاذ المظهر فقط لأن القاضى لا يستطيع أن يخلق قاعدة قانونية وهو فى نفس الوقت مطالب بالحكم فى النزاع حتى ولو لم تكن هناك قاعدة تحكمه والا اعتبر منكرا للعدالة . فكان لابد اذن من ستار يستتر به القاضى حين يحكم برايه وحتى لا يكون منكرا للعدالة » . ولهذا فمن الصعب القول بأن مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون (انظر فى ذلك احمد سلامة ـ المدخل ـ الكتاب الأول ص ١٥٣ بند ٨٢ وما بعدها . والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على نص المادة الأولى من المشروع . منصور مصطفى منصور ـ المدخل سنة ١٩٧٠ ص ٦٨ وما بعدها . عبد الفتاح عبد الباقى ـ نظرية القانون سنة ١٩٦٥ ص ٢٠٥ بند ١٣٠ .

كان على علم به أم لا ، اذ لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون (١٠) . ويقوم القاضى بتوقيع الجـــزاء على من يخالف أحكامه ، ولو ثبت جهل شخص بالقراءة أو الكتابة ، أو عدم علمه بوجود القاعـــدة القانونية . اذ أن العلم بالقانون مفترض ، والجهل به غير مغتفـر . والقانون ملزم للافراد وللسلطات العامة على حد سواء . كل ذلـك بعكس أعمال القضاء ، فهى لا تلزم ولا يحتج بها الا على أطـراف الخصومة الصادرة فيها ، ولا يتعدى حدود هذه الخصومة ولا نطاقها ، خصوما ومحلا وسببا .

ومن ناحية ثالثة ، فان العمل التشريعى لا يستنفد ولاية المشرع ، بحيث يمتنع عليه أن يعود الى هذا العمل بتعديله أو الغائه أو انهـاء العمل به ، اذ يكون للمشرع دائما - فى حدود الدستور - أن يصدر من القوانين والتشريعات ما يشاء ، ملغيا قوانين صدرت عنه فيما مضى الغاء صريحا أو ضمنيا ، أو مدخلا عليها من التعديلات ما يشـاء من مواد . وهذا على عكس العمل القضائى الذى يستنفد ولاية القـاضى الذى يصدره ، فلا يملك هذا القاضى الرجـوع الى حكمه الـــذى أصدره بالغائه أو بتعديله ، ولو كان ما يصدره معيبا بعيب يبطله أو كان غير عادل ، الا اذا كان قاضيا للطعن فى الحالات التى ينص عليها المشرع (١١) .

---

(١٠) انظر فى عرض هذه القاعدة . احمد سلامة - المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها . منصور مصطفى منصور - المرجع السـابق ص ٣١٧ ، عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية القانون المشار اليها ص ١٦٠ وما بعدها .

(١١) أنظر فى هذا الموضوع بحث للمؤلف فى استنفاد ولايـة القاضى ، ١٩٨٢ . وبصفة عامة أنظر فى تميز العمل التشريعى عـن العمل القضائى فتحى والى - قانون القضاء المدنى بند ١٥ اوجوروكو ج ١ ص ٦٤ وما بعدها . سوليس وبيرو بند ٥٠٨ ص ٤٧٥ - ٤٧٦ . المؤلف . الموجز - المشار اليه ص ٧ وما بعدها .

المطلب الثانى

الوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية (١٢)

٢١ ـ صعوبة التمييز بينهما :

اذا كان التمييز بين وظيفة القضاء ووظيفة المشرع سهل وميسور ، فان الأمر غير ذلك بالنسبة لوظيفة القضاء ووظيفة الادارة ، نظــــرا لما بينهما من تشابه كبير ، وصل بالبعض (١٣) الى حـــد مهاجمـــة التقسيم التقليدى لوظائف الدولة ، والقول باندماج السلطة القضائية

---

(١٢) ونظرا لضرورة التمييز بين وظيفة القضاء وبين وظيفـــة الادارة ، وما يستتبع ذلك من تمييز العمل القضائى عن العمل الادارى ، فقد زخرت المكتبة القانونية بالعديد من الأبحاث والرسائل الجامعية ـ فضلا عن المراجع العامة فى فقه القانون العام وقانون المرافعات ـ التـى تتخذ من هذا الموضوع محلا وموضوعا لها . نذكر منها :

ـ القطب محمد طبليه ـ العمل القضائى فى القانون المقـــارن والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى سنة ١٩٦٤ .

ـ وجدى راغب فهمى . النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ـ عين شمس سنة ١٩٦٧ مطبوعة سنة ١٩٧٤ .

ـ عبد الباسط جميعى . مقالة فى سلطة القاضى الولائية ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليو سنة ١٩٧٦ .

Giullien R. l'acte juridictonnel et autorité de la chose Jugée. Thése, Bordeaux 1931. L'Ampué P., la notion d'acte judidictionnel. Rev. Dr. Publ 1946. Chaumont Charles, Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, Rev. Dr. Publ. 1942. Hepraud P. l'acte juridic. et la classification de contentieux. Recueil de l'academdie de législation de Toulouse. 1949.

— Waline, ae critére des actes juridictionnels R.D.P. 1933.

— Rocco Alfredo, la sentenza civile, Milano 1962.

— Allorio E., Saggio Polemico sulla giurisdizione volontaira in Dottrina della giurisdizione e del giudicato. 1957.

(١٣) أنظر جارسونيه وسيزار بروى ـ جـ ١ ـ ١٩١٢ ص ١٠ ـ ١٤ والمراجع المشار اليها فى رسالة وجدى راغب ص ١٥ ، ١٦ . لامبوى ـ مقالة ص ٦ ـ ٧ . دوجى ـ القانـــون الدســـتورى جـ ٢ ص ١٥٨ ـ بوردو ـ القانون الدستورى والنظم السياسية سنة ١٩٦٥ ص ١٣٨ .

فى السلطة التنفيذية ، اذ لا يوجد فى نظرهم الا سلطة تشريعية تصدر القوانين ، وأخرى تنفيذية تقوم بتنفيذ هذه القوانين . وما تطبيق القانون من جانب القضاء الا نوع من تنفيذه .

غير أن هذا الاتجاه الفلسفى ، وان كانت له قيمته العلمية المجردة ، فانه لا يصلح للتطبيق العملى لأنه يصطدم والواقع القانونى ، حيث لا يفسر الظواهر المشاهدة فى كثير من الدول والتى تجعل من القضاء سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية . فضلا عن مساوىء هذا الاتجاه ، والتى تتمثل فى وضع القضاء تحت اشراف وهيمنة السلطة الادارية فى الدولة ، الأمر الذى يسمح لهذه الأخيرة بالتدخل فى شئونه ، وعدم التزامها بتنفيذ أحكامه مما يؤدى الى اهدارها (١٤) . ولهذا نجد أن القضاء كسلطة متميزة ، قائمة بذاتها ، مستقلة عن السلطة التنفيذية ، قد غدت ظاهرة تستعصى على الانكار ، اذ أن هذا أمر يفرضه الواقع وطبائع الأشياء ، حتى أن القائلين باندماج القضاء مع الادارة قد أكدوا مع ذلك على ضرورة فصل القضاء عن الادارة (١٥) .

وحتى لو سلمنا جدلا باندماج القضاء مع الادارة فى سلطة واحدة هى السلطة التنفيذية ، فان هذه السلطة التنفيذية تصدر بلا شك اعمالا ادارية وأخرى قضائية ، وتظل الضرورة قائمة فى التمييز بينهما (١٦) . وفى هذا الصدد تعددت نظريات الفقهاء ، وتباينت مذاهبهم بشأن الوصول الى معيار واضح للوظيفة القضائية وبالتالى للعمل القضائى .

ونعرض لأهم هذه النظريات والتى يمكن تصنيفها فى اتجاهين نعقبهما برأينا فى الموضوع .

---

(١٤) عبد الباسط جميعى - مقالة - ص ٦١١ بند ٧٦ - وجدى راغب - نظرية العمل القضائى ص ٦ - ابراهيم سعد - ص ٥٤ - سوليس وبيرو بند ٥٠٦ .

(١٥) أنظر جارسونيه وسيزار بروى - المرجع السابق بند ٤ ص ١٣ - ١٤ ج ١ .

(١٦) عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة بند ٧٧ .

الفـــرع الأول

الاتجـــاه الشـــكلى

٢٢ ـ مضمون الاتجـــاه :

اتخذ أنصار هذا الاتجاه من العناصر الشكلية لأعمـــال الوظيفـــة القضائية معيارا لتمييزها عن أعمال الوظيفة الادارية . ومع اتفاقهـم على هذا ، فانهم اختلفوا مع ذلك حول أى من هذه العناصر يمكن اتخاذه معيارا للتمييز فى هذا الصدد . فمنهم من اتخذ من العضـــو القائم بالعمل معيارا للتمييز ، بينما ركز آخرون على اجـــراءات استصدار العمل ، فى حين نظر البعض الآخر الى ما يرتبه العمل من آثار . بينما نظر آخرون الى الأســــــلوب الذى يتميز به العمـــــل القضائى (١٧) .

ونقتصر فى هذا الصدد على ما قال به الفقيه كارييه دى مالبير . والفقيه جيز فى هذا الخصوص .

٢٣ ـ أولا المعيار العضوى الاجرائى :

ذهب البعض وعلى رأســـهم الفقيه الكبير كارييه دى مالبير Carré de Malberg (١٨) الى أنه لا جـــدوى من الاعتمـــاد على

---

(١٧) وهذا ما قال به الدكتور محمد عبد الخـــــالق عمر ـ قانون المرافعات سنة ١٩٧٩ ص ٦٢ ـ ٦٣ وما يقترب منه ما قال به محمد على راتب ونصر كامل وفاروق راتب ـ قضاء الامور المستعجلة سنة ١٩٥٨ بنـد ١٤٨ .

(١٨) Carré de Malberg. Contribution à la Théorie générale de l'Etat. Paris 1920 T.I. P. 691 et cuiv. 719 ets. 784 - 785.

وانظر فى عرض هذه النظرية . دراسات فزيوز ـ المشار اليـه ص ٥٩ ـ ٧٣ . سوليس وبيرو ج ١ ص ٤٣٠ وما بعدها . فنسان ـ المرافعات ١٩٧٨ بند ٦٨ وكذلك

— Valticos Nicolas, l'autorité de la chose jugée Thése Paris 1953 P. 8 et suiv. Jacquemart Danis le Conceil d'Etat Thése 1957 P. 47. Bonnard R. la conception matrielle de la fonction juridic. Paris 1925.

العناصر الموضوعية للعمل القضائى ، لتمييزه عن العمـل الادارى . وأخذ يوجه الانتقادات على كل ما قيل به فى تمييز العمل القضـائى معتمدا على العناصر الموضوعية . وخلص الى أن الذى يميز العمـــــل القضائى عن العمل الادارى هو اختلاف الهيئات التى تصـــــدر كل منهما . فالعمل القضائى يصدر عن هيئة معينة منظمة بطريقة محددة هى الهيئة القضائية ، بينما يصدر العمل الادارى عن مجـــرد هيئـــة ادارية (١٩) .

ولقد شايعت مدرسة فينا المعروفة بمدرسة التدرج الهرمى عـــلى يد عميديها كلسن ومركل (٢٠) ما ذهب اليه الفقيه كارييه فى تمييزه للعمل القضائى . ويتلخص فقه هذه المدرسة فى أن النظـــام القانونى انما يتخذ ـ فى نظرهم ـ شكلا هرميا متدرجا ، توجـــد فى قمته القـــــــواعد الأســـــــــاسية les normes fondamentales وفى قاعدته توجد القواعد الفرديـــــة les normes individueles. وفى نظرهم يكون أى عمل قانونى مطبق لقاعدة أعلى ومنشىء فى ذات الوقت لقاعدة أدنى . فالدستور يطبق القواعد الأساسية وهى قواعـــد أزلية مفترضة ، والمشرع يطبـــق الدســـتور وفى نفس الوقت ينشىء القواعد العامة (القانون) . والقضاء يطبق القواعد العامة لينشىء

---

(١٩) كارييه دى مالبير . ص ٧٢١ . وانظر عرض هذه النظرية فى مصر وجدى راغب فهمى رسالة ـ ص ١٩ وما بعدها . عبد الباسط جميعى ـ المقالة المشار اليها ص ٦١٢ وما بعدها . رمزى الشاعر . المسئولية عن أعمال السلطة القضائية الطبعة الاولى ١٩٧٨ ص ٩ ـ ١١ .

(٢٠) Kelsen H. aperce d'une Théorie generale d'E'at. R.D.P. 1926 P. 611 et suiv. (Eisenmann). Theoria generale del diritto e dello Stato trad. Milano 1952 P. 134-138.

مشار اليه فى وجدى راغب رسالة ص ٢٠ هامش ٢ وانظر Bonnard R., la Théorie de la formation du droit par degres dans l'oeuvre d'Adlf-Mark. L. R.D.P. 1928 P. 668-698.

القواعد الفردية (٢١) . واذا كان القضاء ينشىء قواعد فردية فان هذا لا يميزه عن الادارة التى تطبق هى الأخرى القـــانون منشئة بذلك قواعد فردية كذلك . ويخلص أنصار هذه المدرسة الى أن الذى يميز بينهما هو أن القضاء يباشر وظيفتـــه على أساس من الاســـتقلال بينمـا تباشر الادارة وظيفتها على أساس من التبعية الرئاســـية ، وفى ذلك يقول كلسن أن الحكم والقرار الادارى كلاهما من طبيعة واحـــدة ، الا أن الخلاف بينهما ينصب على المركز القانونى لمن ينشىء القاعـدة الفردية ، فالقضاة مستقلون بعكس السلطات الادارية (٢٢) .

٢٤ - ثم أضاف الفقيه كاريبه الى معياره العضوى المتقـــدم ، معيارا اجرائيا آخر ليتلافى ما قد يوجه اليه من نقد . وذهب الى أن العمل يكون قضائيا اذا كان صادرا عن هيئة منظمة بطريقة معينة ، ووفقا لمجموعة من الاجراءات والأشكال التى يتطلبهـــا المشرع (٢٣) . مثل صدور العمل فى جلسة علنية ، مع كفالة حقوق الدفاع والمواجهـة بين الخصوم ومراعاة قواعد معينة فى تسبيبه ، ويخلص الى أن هذه الاجراءات هى التى تكفل للعمل القضائى فاعليته وقوته فى ترتيب الحقيقة القانونية (٢٤) . أما العمل الادارى فيصدر من هيئـــة ادارية فى غير الاجراءات القضائية .

---

(٢١) انظر كلسن - عجالة فى نظرية الدولة ص ٦٢٣ وما بعدها . يونار - المرجع السابق . وأنظر عرض هذه المدرسة فى جاكمار مجلس الدولة . رسالة ص ٥٠ وما بعدها - جوليان - رســـالة ص ٤٩ . لامبويه مقالته ص ١٠ وما بعدها . وجدى راغب - رسالة ص ٢٠ - ٢١ . رمزى الشاعر ص ١١ - ١٢ . القطب - رسالة ص ٢٨ .

(٢٢) انظر كلسن - عجالة ص ٦٢٥ . أنظر بونار - مقـــالة ص ٦٨٠ . جاكمار ص ٥٢ .

(٢٣) كاريبه دى مالبير النظرية العامة ص ٧٨٧ - ٧٨٨ .

(٢٤) انظر كاريبه - المرجع السابق ص ٧٨١ . سوليس وبيرو ص ٤٣٢ بند ٤٧٢ . فتحى والى - الوسيط ص ٣٠ ابراهيم ســـعد ص ٦١ وما بعدها بند ١٧ .

٢٥ ـ نقـد هـذا المعيار :

يرجع الفضل فى ابراز أهمية العناصر الشكلية للعمل القضـائى الى الفقيه كاريه وأنصاره (٢٥) ، الا أن معيارهم هذا غير كاف لتمييز العمل القضائى عن غيره من عدة نواح .

ـ لقد استبدل أنصار هذا الرأى المشكلة بأخرى عندما قالوا أن العمل يكون قضائيا ان كان صادرا عن هيئة قضائية ، ويكون اداريـا ان كان صادرا عن هيئة ادارية . اذ يجب الاجابة على سؤال جـديد مؤداه متى تكون الهيئة قضائية ومتى لا تكون كذلك (٢٦) . لا تكفى اجابة كلسن على هذا التساؤل بقوله أن الهيئة تكون قضائية اذا كانت تتمتع باستقلال فى ممارسة وظيفتها ، وتكون ادارية ان كانت تعمل على اساس من التبعية الرئاسية . اذ أن هناك من الهيئات الادارية ما تتمتع باستقلال تام فى مباشرة وظيفتها ، وان ذلك لم يغير من طبيعتها ولا من طبيعة ما يصدر عنها من قرارات مثل لجان الامتحان وبعض الهيئات اللامركزية وغيرها (٢٧) . كمـا أن المشرع كثيرا ما يلزم الصمت بالنسبة لبعض الهيئات ولا يبين ما اذا كانت مستقلة أو ليست كذلـك ، مما يؤدى ذلك الى عدم كفاية هذا المعيار والبحث عن آخر لاكتشاف طبيعة ما يصدر عن هذه الهيئات من أعمال (٢٨) .

---

(٢٥) أنظر وجدى راغب ـ رسالة ص ٢١ ـ ٢٢ .

(٢٦) جاكمار ـ مجلس الدولة كقاض نقض . رسـالة ص ٥٠ . فالين ـ معيار الأعمال القضائية ص ٥٦٥ سوليس وبيرو ـ الاشـارة السابقة . فتحى والى ص ٢٩ بند ١٥ من الوسيط .

(٢٧) جاكمار ـ مجلس الدولة ـ الاشارة السابقة سوليس وبيرو ـ الاشارة السابقة . فاليتكوس المرجع السابق ص ٩ . ابراهيم سعد ـ ص ٦٠ وجدى راغب ص ٢٣ رسالة . فتحى والى ـ الاشارة السابقة . محمود هاشم ـ الموجز ص ١٢ . عبد الباسط جميعى ـ مقالة ص ٦١٤ بند ٨٢ .

(٢٨) لامبوى ـ المرجع السابق ص ٤٦ ـ ٤٧ . وجدى راغب ص ٢٣ . القطب محمد طبلية ص ٣٢ . رمزى الشاعر ـ المرجع السـابق ص ١٧ .

- ليس صحيحا ما يقول به كلسن أن القضاء دائما يطبق قاعدة قانونية سابقة وينشىء قاعدة فردية ، اذ قد لا يجد القاضى قاعدة يطبقها على الواقعة المعروضة عليه ، فيضطر الى استحداث قاعدة تحكم هذه الواقعة والا اعتبر منكرا للعدالة وهنا لا يطبق قاعدة سابقة وانما يستحدث وينشىء قاعدة (خاصة) تحكم ما هو معروض عليه (٢٩) .

- وحتى لو أمكننا تحديد ما اذا كانت الهيئة القضائية أو ادارية ، فان تمييز الأعمال الصادرة عنها عن طريق العناصر الشكلية ، لا تكون كافية فى هذا الصدد . اذ قد يصدر عن الهيئة الواحدة عدة أعمال مختلفة فى طبيعتها . فالقضاء يصدر أعمال قضائية ويصدر أيضا أعمال غير قضائية أى أعمال ادارية . كما أن الادارة قد تباشر نشاطا قضائيا (٣٠) .

- وحتى المعيار الاجرائى لا يصلح بدوره لتمييز العمل القضائى عن غيره . فالمشرع قد يتطلب لاستصدار عمل من الاعمال اتخاذ مجموعة من الاجراءات ، دون أن يكون هذا العمل بالضرورة من قبيل الأعمال القضائية ، وانما يتطلب المشرع ذلك لتوفير ضمانة معينة أو لتحقيق مصلحة خاصة . مثل تلك الاجراءات المتطلبة بالنسبة للقرارات التاديبية . كما أن هناك أعمال قضائية تصدر فى غير الاجراءات القضائية مثل أوامر الأداء . وتلك الأحكام التى تصدر فى غيبة الخصوم ، والتى تتم فيها المرافعة سرا (٣١) .

---

(٢٩) القطب محمد طبلية - رسالة ص ٣٣ .

(٣٠) لامبويه - مقالة ص ٤٣ - فالتيكوس - ص ٩ . عبد الباسط جميعى ص ٦١٥ فتحى والى - الوسيط ٣٠ . وجدى راغب ص ٢٣ .

(٣١) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٤٤ - ٤٥ . عبد الباسط.جميعى ص ٦١٥ - ٦١٦ . محمد هاشم الموجز ص ١٣ . لامبوى . ص ٤٨ - ٤٩ . رمزى الشاعر ص ١٤ - ١٥ . كيش وفنسان - موجز ص ٥١ .

ـ يعد هذا المعيار أخيرا مصادرة على المطلوب . اذ أن الاختلاف فى الجوهر هو الذى يؤدى الى الاختلاف الاجرائى أو العضــوى . فطبيعة العمل هى التى تحدد اجراءاته وليس العكس فالوظيفة هــى التى تميز الموظف ولكن الموظف لا يميز الوظيفة (٣٢) .

٢٦ ـ ثانيا : نظرية الأثر القانونى :

ذهب جانب آخر من الفقهاء (٣٣) الى القول بأن العمل القضائى يتميز عن غيره بما يرتبه من أثر قانونى ينفرد به . فقد ذهب الفقيه الفرنسى Jeze الى القول بان العمل القضائى هو تقرير له قـوة الحقيقة القانونيـــــة Une constatation avec de verité légale تتعلق بمركز قانونى عام او فردى أو بمجرد وقائع (٣٤) . وســـواء

---

(٣٢) وجدى راغب ـ الاشارة السابقة . رمزى الشاعر ص ١٣ . فتحى والى ـ الوسيط ٢٩ ـ ٣٠ ـ القطب طبلية ص ٢٦ . بونار ـ التصور المادى للوظيفة القضـــــائية ص ٧ وما بعـــــدها . لامبويه ص ٤٦ . عبد العزيز خليل بديوى . الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الادارية العليا ـ رسالة ج عين شمس ١٩٦٩ ص ٧٥ ـ ٧٦ . أحمد مليجى موسى رسالة فى تحديد نطـــاق الولاية القضائية والاختصاص القضائى . ج عين شمس ١٩٧٩ ص ٥٥ ـ ٥٩ .

(٣٣) Jéze Gaston, l'acte juridictionnel et la classification des recours contentieu R.D.P. 1909 P. 667 et suiv. les Principes generaux du Droit administratif. 3o ed. 1925, P. 25. 48 Tome I. De la force de verité legale attache par la loi à l'acte juridictionnel. R.D.P. 1913 P. 437 et suiv.

Japiet. Traité élément re procedure civ. et Com. P. 120 l'ampuc, la nation d'acte juridicationel op. cit P. 5.

(٣٤) وذلك بعد أن قسم جيز الأعمال أو التصرفات القانونية الى تصرفات لائحية او تشريعية . وتصرفات فردية وتصرفات شرطية ثم تصرفات قضائية (انظر جيز ـ المبادىء العامة جـ ١ ص ٢٥ ، ٤٨ ، ٥٠ ، العمل القضائى المقالة ـ ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨ . قوة الحقيقة ـ المقال المشار اليه ص ٤٣٧ وما بعدها ، وانظر فى عرض هذه النظرية دراســــات فزيوز . المشار اليه ص ٧٣ وما بعدها . سوليس وبيرو جـ ١ ص ٤٣٨ . فالين ـ معيار الأعمال القضائية المنشور فى مجلة القـــانون العام ٣٣ ص ٥٦٥ وما بعدها . وجدى راغب ـ رسالة ص ٢٤ ـ القطب طبلية ـ رسالة ص ٤٤ عبد الباسط جميعى ـ المقالة ص ٦١٧ وما بعدها .

بعد ذلك اتخذت فى اصداره اجراءات معينة أو لم تتخذ ، أو روعى فيها أشكال محددة أو غير ذلك . فمضمون العمل هو الذى يحدد طبيعته ، ولابد من الرجوع - فى نظره - الى المشرع وحده لمعرفة هذا المضمون ، أى لمعرفة ما اذا كان المشرع يضفى على عمل جهة معينة قوة فى ترتيب الحقيقة القانونية أم لا .

وقد وجدت هذه النظرية من يؤيدها فى الفقه الايطالى وبصفة خاصة الفقيه الوريو (٣٥) الذى اتخذ من الحجية القضائية Cosa giudicatat معيارا لتمييز العمل القضائى ، بعد أن هاجم كل المعايير الغائية والتى فشلت فى نظره فى تمييز العمل القضائى .

٢٧ - نقد هذه النظرية :

ركزت هذه النظرية على أهمية ما يترتب على العمل القضائى من آثار ، وأهمها حجية الأمر المقضى الذى تقتضيه بالفعل وظيفة القضاء ، الا أن اتخاذ هذا الأثر معيارا وحيدا لتمييز العمل القضائى أمر محل نقد من جانب الفقه ، اذ أن هذه النظرية قد خلطت بين العمل وطبيعته وبين ما يرتبه من آثار قانونية ، اذ أن تلك الآثار القانونية تكون لاحقة بالضرورة على العمل ذاته ، وعلى ذلك فيجب الاهتداء أولا الى طبيعة العمل وجوهره حتى يمكن ترتيب آثاره وتحديدها . وعلى ذلك تكون النظرية قد وقعت فى خطأ منهجى فى هذا الصدد (٣٦) . ومن ناحية أخرى فان أنصار هذه النظرية قد اعتمدوا

---

(٣٥) Allorio Enrico. Saggio Polemico Sulla guirisdizione Volontaria. in "sulla dottrina della giuridizione e del giudicato 1957. P. 30 seg. Sandulli A. Funzione publiche neutrali e giuridizione, R.D.P. 1964 P. 200.

(٣٦) سوليس وبيرو - بند ٤٧٣ ص ٤٣٣ . فنسان - بند ٦٨ ص ٨٩ . وجدى راغب ص ٣٠ فالتيكوس - رسالة بند ٦ ص ١٠ ابراهيم سعد ص ٦٤ .

فى بناء رأيهم على ارادة المشرع وهى ولا شك تمثل عنصرا خارجيا عن العمل (٣٧) . ومن ناحية ثالثة فان ربط الطبيعة القضائية للعمل بالحجية القضائية يؤدى الى اخراج التنفيذ الجبرى من عداد الأعمال القضائية وذلك على ضوء ما ذهب اليه الفقيه الايطالى الوريو من اعتبار التنفيذ من قبيل الأعمال الادارية نظرا لأنه لا يرتب الحجية القضائية ، هذا فى الوقت الذى أصبح التنفيذ يمثل نشاطا قضائيا ، ويعد صورة من صور الحماية القضائية (٣٨) .

الفرع الثانى

الاتجاه الموضوعى

٢٨ - مضمون هذا الاتجاه :

اذا كانت المعايير الشكلية لم تفلح فى تمييز العمل القضائى عن غيره من الأعمال الادارية ، فان محاولات الفقه لم تتوقف عند هذا الحد ، بل اتجهت محاولاتهم نحو البحث فى طبيعة العمل ذاته فى محاولة للتعرف على طبيعته أو مكوناته الجوهرية . ورغم اتفاق انصار هذا الاتجاه على ضرورة الاتجاه بالبحث نحو طبيعة العمل القضائى الذى يمكن اتخاذه معيارا لتمييزه عن غيره من الأعمال . اختلفوا مع ذلك فى الاعتماد على أى من العناصر الموضوعية للعمل القضائى الذى يمكن اتخاذه معيارا لتمييزه عن غيره من الأعمال . فمنهم من ذهب الى ضرورة البحث فى عناصر العمل القضائى ، ومنهم من ذهب الى ضرورة البحث فى غايته . وحتى بالنسبة لأنصار الغاية فلم يتفقوا على مفهوم لها فهل هى الغاية الاجتماعية أم الغاية القانونية .

ونستعرض فيما يلى أهم النظريات التى قيل بها فى هذا الخصوص .

---

(٣٧) فزيور - ص ٧٧ - ٧٨ - القطب ص ٥١ . وجدى راغب ص ٣١ . ابراهيم سعد ص ٤٤٦ .

(٣٨) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٤٦ .

أولا — معيار مكونات العمل القضائى

٢٩ — مضمون النظرية :

تنسب هذه النظرية الى الفقيــه الفرنسى الكبير دوجى (٣٩) ، والذى أخذ — فى سبيل الوصول الى معيار لتمييز العمل القضــائى — فى البحث فى مكونات هذا العمــل أو عناصره stracturé de acte والذى رأى فيه عمل قانونى مركب من عناصر ثلاثة ، يقدم فيه القاضى الحل لمسألة قانونية عرضت عليه (٤٠) .

العمل القضائى فى نظر دوجى يتكون من عناصر ثلاثة هى (٤١) :

— ادعـــاء prétention بمخالفة القانون ، مقدم الى القــاضى من صاحب المصلحة يطلب حلا لمسألة قانونيـــــة question de droit

— تقـــرير Constatation وهو التقرير الذى يعده القاضى — متقيدا بحكم القانون وما يتضح له من الوقائع المقدمة من صاحب الشأن — منتهيا فى تقريره الى وجود أو عدم وجود مخالفة للقانون ، بمعنى أن القاضى يقدم فى التقرير الحل للمسألة القانونية المعروضة عليه . وهذا الحل يتمتع بقوة الحقيقة القانونية .

— قـــرار décision وهو النتيجـــة المنطقية لما وصـــل اليـه القاضى فى تقريره لحل المسألة القانونية . ومن ثم يرتبط هذا القـــرار بالتقرير ارتباطا منطقيا لا يقبل التجزئة . ويعد القرار عمـــلا اراديا للقاضى مقيدا بما انتهى اليه فى تقريره .

---

(٣٩) Duguit L. Traité de droit constitutionnel 3e ed. 1928 p. 418 ets. — l'acte administratif ed l'acte juridicionnel, R.D.P. 1906 P. 413 la fonction juririctionnelle. R.D.P. P, 165 et suiv.

وقد أخذ بهذه النظرية كل من لاباند وشالويا والذين رأوا ان الحـــــكم القضائى عبارة عن حكم منطقى يتمثل فى مقدمة كبرى وهى القـــاعدة العامة ومقدمة صغرى وهى الحالة الخاصة المعروضة ونتيجـــة تتمثل فى قرار القاضى (انظر عرضا لهما فى رسالة وجدى راغب . ص ٣٢) .

(٤٠) دوجى — القانون الدستورى ص ٤٢٣ — ٤٢٤ بند ٢٨ .

(٤١) انظر دوجى القانون الدستورى — ج ٢ ص ٤٢٣ وما بعدها بند ٢٨ . الوظيفة القضائية ص ١٦٩ وما بعدها . وانظر فى عرض نظرية دوجى . فزيوز — ص ٨١ . لامبويه — مقالة ص ٣٠ سوليس وبيرو ص ٤٣٦ وجدى راغب — رسالة ص ٣٣ وما بعدها . عبد الباسط جميعى ص ٦٢٦ . قنسان ص ٧١ ص ٩١ — ٩٢ ابراهيم سعد — بند ٦١ ص ٦٧ وما بعدها .

٣٠ ـ نقد هذا المعيار :

واذا كان الفضل يرجع الى الفقيـــه دوجى فى لفت الأنظار الى ضرورة البحث فى مكونات العمل القضائى فى محاولة لتمييزه ، الا أن هذا لا يعنى أنها كافية لتحقيق هذا الغرض . اذ وجهت اليها الانتقادات الآتيـــة :

١ ـ أدخل دوجى الادعاء ضمن مكونات العمل القضائى . وهذا منتقد من عدة وجوه :

ـ يعتبر الادعاء عنصرا خارجيا عن العمل القضائى ، وسابقـا عليه ، لأنه مقدم من صاحب الشـــأن فكيف يعتبر مع ذلك ضمن مكونات العمل القضائى ؟ (٤٢) .

ـ يقدم الادعاء من صاحب المصلحة ، وقد يكون شخصا خاصا ، فكيف يمكن اعتباره عنصرا فى عمل عام هو العمل القضائى (٤٣) .

٢ ـ لا يعد هذا المعيار معيارا حاسما للعمل القضائى ، اذ قـد تتوافر هذه العناصر مجتمعة فى عمل من الأعمال الادارية ، دون أن تكون أعمالا قضائية لذلك ، مثل القرارات الصادرة فى التظلمـــات المقدمة من أصحاب الشان فى القرارات الادارية ، اذ تقـــوم الادارة

---

(٤٢) Giullien R. l'acte juridictionnel et la autorité de la chose jugée. Thése Bor. 1931 P. 114. ولامبويه ص ٣١ ، وجدى راغب ٣٦ .

(٤٣) فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٤١ .

بتقديم الحل لمسألة قانونية معروضة عليها (٤٤) . ومن ناحية أخرى فقد تكون هناك أعمال قضائية بالمعنى الصحيح بالرغم من أنها لا تتكون من هذه العناصر مجتمعة . مثل الأحكام الصادرة برفض طلبات المدعى ، وكذلك الأحكام التقريرية ، لأن هذه الأحكام لا تشتمل على قرار ملزم يلحق بالتقرير ويكون معه كلا منطقيا لا يقبل التجزئة (٤٥) ، (٤٦) .

٣ - يحصر دوجى عمل القاضى فى عملية ذهنية مجردة تتمثل فى تقديم الحل لمسألة قانونية ، وهذه غاية مباشرة للعمل القضائى . واذا كان تطبيق القانون فى الأصل لا يعد غاية فى ذاته ، فان هذا لا يتفق وقول دوجى بأن حل المسألة القانونية هو غاية العمل القضائى. فضلا عن أن القاضى لا ينحصر عمله فى هذه العملية الذهنية فى حل المسائل القانونية ، اذ أن القاضى كثيرا ما يقوم بحل مسائل عملية واقعية (٤٧) .

---

(٤٤) أنظر سوليس وبيرو - المرجع السابق بند ٤٧٨. جيليان - المرجع السابق ص ١١٤ . ابراهيم سعد ص ٧٠ . لامبوى ص ٣٥ . فالتيكوس ص ١٧ .

(٤٥) بونار - التصور المادى للوظيفة القضائية سنة ١٩٣٣. ص ٤٤ ومشار اليه فى سوليس وبيرو الجزء الأول ص ٤٣٧ .

(٤٦) غير أن بعضا من مؤيدى دوجى قد ردوا على الاعتراض بقولهم ، ان هذه الأحكام انما تتضمن قرارا ملزما يقضى بالزام المدعى بعدم معاودة المنازعة مرة أخرى (لامبويه - المقالة ص ٣٣ . عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية بند ١٠٩ ص ٦٢٧) . والرد على ذلك يكمن فى أن عدم معاودة النزاع فيما قضى فيه الحكم الصادر بالرفض ، لا يعود الى هذا القرار الملزم المتضمن فيه ، وانما يعود الى فكرة الحجية القضائية والتى ترتبها الأحكام القضائية . أما بالنسبة للأحكام التقريرية فيرى أنصار دوجى بأنها رغم عدم قابليتها للتنفيذ فان هذا لا يعنى أنها خالية من عنصر الالزام (أنظر عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى - المشار اليه ص ٦٢٧ وهامش (٣)) .

(٤٧) أنظر ابراهيم سعد - المرجع السابق ص ٧٠ .

ثانيا ـ معيار الغاية (٤٨)

١ ـ الغاية الاجتماعية (حسم المنازعات) :

٣١ ـ ذهب فريق من الفقهاء الى ضرورة البحث فى غاية العمل القضائى ، ورأوا أن الغاية التى يستهدفها نشاط القضاء فى الدولة انما هى غاية اجتماعية معينة . تتمثل فى نظر البعض فى تحقيق المصالح الخاصة (٤٩) التى يحميها القانون ، أو فى المصلحة العليا للجماعة فى الحالة الخاصة فى نظر البعض الآخر (٥٠) . الا أن الرأى السائد يتجه الى القول بأن هذه الغاية تتمثل فى حسم المنازعات بين الناس . فالقضاء فى نظر هذا الرأى (٥١) هو الفصل فى المنازعات وفقا للقانون . وذلك محافظة على السلام الاجتماعى . وعلى ذلك فالعمل القضائى يكون قضائيا ان كان فاصلا فى خصومة أى فى نزاع . ويكون اداريا اذا لم يكن فاصلا فى نزاع . ويخلص أنصار هذا الاتجاه الى ان وظيفة القضاء انما تكمن فى فض المنازعات بين الناس .

---

(٤٨) أنظر ، وجدى راغب ـ مبادىء ، ص ٢٥ ، ٢٦ ، رسالة ص ٣٦ وما بعدها .

(٤٩) من أنصار هذا الاتجاه زانزوكى ـ ج ١ ص ٦ وما بعدها بند ٧ . روكو الفريدو ـ الحكم المدنى بند ٤ . عبد الباسط جميعى ـ قانون الاجراءات المدنية ١٩٦٦ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ . أنظر فى عرض هذا الراى ونقده وجدى راغب رسالة ص ٣٧ ـ ٣٨ .

(٥٠) وهذه هى نظرية الفقيه الايطالى ياجرا فى قانون الاجراءات المدنية فى طبعته الثانية ١٩٤٣ ص ٤٨ ، ٤٩ وانظر عرض هذا الرأى فى وجدى راغب ـ رسالة ص ٣٩ ـ ٤٠ .

(٥١) جارسونيه وسيزاريرو ـ ج ١ بند ٤ ، ٥ . جلاسون وتيسييه وموريل ج ١ بند ٨ . جابيو بند ٤٧ سوليس وبيرو بند ٤٨
Mortara L. Principi diprocedura civile, 1895 p. 24 et seg. Carnelutti F. Sistema del diritto processuale civile, V. I. 1936 p. 7 Diritto e processo in Trattato del processo civile, 1958 p. 17.

محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ بند ١٧٤ ص ٢١٧ ـ أبو هيف ص ١١٥ بند ٩٤ ـ محمد حامد فهمى ص ١٦ . عبد المنعم الشرقاوى . شرح بند ٦٩ ص ١١٥ ـ ١١٦ رمزى سيف ص ٧ . أحمد مسلم ـ أصول بند ٢١ ص ٢١ .

ومع اتفاق أنصار هذا الرأى على أن العمل القضائى يدور مع المنازعة وجودا وعدما ، فانهم اختلفوا حول تحديد مفهوم محدد للمنازعة وفكرتها ، فقد صورها البعض على أنها نزاع بين أشخاص حول حقوق شخصية متعارضة (مسارى ، ورانيليتى) بينما صورها البعض على انها ادعاءات متعارضة تمثل نزاعا حقيقيا بين الارادات الأمر الذى يعكر السلام الاجتماعى (مورتارا وهوريو) (٥٢) . ومن ثم يتدخل القضاء لحل المنازعة Contestion لاعادة السلام الاجتماعى (٥٣) .

الا أن البعض (٥٤) . قد صور المنازعة ، تصويرا شكليا ، وهى تتمثل فى نظرهم فى اجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية Contestion أم لا . الا أن الفقه الحديث قد اكتفى بمجرد وجود نزاع litige حول مصلحة معينة ولو لم تصل الى حد المنازعة حول مركز قانونى معين ، فيرى الفقيه الايطالى كارنيلوتى (٥٥) ان النزاع عبارة عن

---

(٥٢) أنظر عرضا لصور المنازعة فى زانزوكى ج ١ بند ٨ ص ٨ . عبد الباسط جميعى - السلطة الولائية ص ٦٢٢ وجدى راغب ص ٥٢ وما بعدها . للمؤلف الموجز ص ١٥ - ١٧ . وانظر مقالة هوريو
Houriou M., les éléments du Contenticaux, Recueil de legislation de Toulouse 1905 p. 23 et seg.

(٥٣) انظر هيبرو - العمل القضائى - المقالة السابقة ص ١٣١ وما بعدها .

(٥٤) اذ يذكر البعض أنه يكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى أو المساس بها بسبب موقف معين من خصمه ، سواء كان هذا الموقف ايجابيا أو سلبيا ، مما يعطل ممارسة الحق (سوليس وبيرو - ج ١ ص ٤٣٩) . وقد ذهب البعض الى أن مجرد وجود الشك يؤدى الى شبهة المنازعة فيتدخل القضاء لازالة هذا الشك (شومو - فكرة العمل القضائى - المشار اليه ص ٩٣ . وانظر عرض هذا الرأى فى عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية ص ٦٢٣) .

(٥٥) Carnelutti F. Sistema del Diritto. processuale Civile, Padova 1936 V. I. p. 40. Isitiuzione del processo civ. Roma 1956 V. I. p. 5 et seg.
Diritto e Processo in trattato 1958 p. 1, — 19.

تنازع فى المصالح تتخذ شكل تنازع بين ارادتين ، ادعاء من جـانب يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومة صورة الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها . وتظهر هذه المقاومة فى مجـــرد معارضة ، وبذلك تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشـــلت فى حل هذا التنازع الأمر الذى يتطلب تدخل القضاء لحله حـلا عادلا وفقا للقانون (٥٦) .

٣٢ ـ نقد معيار المنازعة :

برغم ذيوع هذا المعيار وانتشاره فى الفقه والقضاء المقـــارن الا أنه مع ذلك لم يسلم من النقد . فقـــد وجه الفقهاء اليـه الانتقادات الآتية (٥٧) :

١ ـ أن هذه النظرية لم تقدم تعريفا محددا للقضاء ووظيفته ، اذ أنها لا تصلح لكل أنواع القضاء .

فهى لا تصلح بالنسبة للقضاء الجنائى ، لأنه لا يحـــل نزاعا بين النيابة العامة (ممثل الادعاء فى المجتمع) والمتهم حول وجود الجريمة وعقوبتها ، لأنه لو كان الأمر غير ذلك لأمكن الاتفاق مقـدما بينهما على حل هذا النزاع (٥٨) . ومن ناحية أخرى فقد يعترف المجرم بجريمته ومع ذلك تقضى المحكمة بمعاقبته بالعقوبة المقررة وتصـــدر حكمها بادانته والذى يعد ولا شك عملا قضائيا بالمعنى الفنى بالرغم

---

(٥٦) انظر عرضا وافيا لرأى كارنيلوتى ، فتحى والى فى مناهـج البحث فى قانون المرافعات ـ مستخرج من مجلة مصر المعاصرة ـ ١٩٦٧ بند ٢٧ ص ٤٧ ـ ٥٠ .

(٥٧) انظر فى نقد هذا الرأى محمود هاشم استنفاد ولاية القاضى المدنى ـ ١٩٨٠ ص ١٥٥ وما بعدها بند ٥٨ .

(٥٨) انظر فتحى والى . الوسيط ـ ص ٣٢ . منـــاهج البحث ص ٥٦ .

من عدم وجود منازعة بين المتهم والنيابة العامة (٥٩) . ومن ناحية ثالثة فانه قد بات فى حكم المسلم به أن النيابة العامة ليست خصما حقيقيا ، وانما مجرد خصم شكلى الأمر الذى يوجب عليها تفويض الأمر الى المحكمة والمطالبة ببراءة المتهم متى اقتنعت بذلك (٦٠) .

- وهى لا تصلح ثانيا بالنسبة للقضاء الادارى . حيث لا يفصل فى نزاع بين الادارة والموظف فى دعوى الغاء القرار الادارى ، اذ أن طلب الالغاء يوجه الى القرار ذاته وليس الى الادارة والتى يوجب عليها المشرع أن تكون دائما مع الشرعية . ومن هنا يكون الخصم فى دعوى الالغاء هو القرار وليس الادارة (٦١) .

- وهى لا تصلح ثالثا حتى بالنسبة للقضاء المدنى : فقد يباشر هذا القضاء وظيفته دون أن يكون هناك نزاعا معينا ، وأعماله الصادرة عنه فى هذه الحالات تعتبر أعمال قضائية بالمعنى الدقيق . مثل الأحكام التى تصدر بناء على اتفاق الخصوم مثل الصادرة ببطلان الزواج أو التطليق عند غير المسلمين . اذ أن اتفاق الزوجين على البطلان أو الطلاق لا يكفى بذاته لتوقيع البطلان أو الطلاق وانما لابد من صدور حكم من القضاء بذلك ، ويعتبر الحكم حكما قضائيا بالرغم من عدم وجود منازعة . وكذلك الأحكام الصادرة فى غيبة أحد الخصوم (المدعى عليه) ، فتصدر هذه الأحكام قبل التعرف على موقف المدعى عليه فى الدعوى ، وقبل التعرف على ما اذا كان منازعا أو مقرا بطلبات المدعى . وكذلك الأوامر القضائية بالأداء والتى تصدر فى غير اجراءات الخصومة وفى غيبة المدعى عليه ، والتى تعتبر أيضا أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق . ومن ناحية أخرى فان القضاء

---

(٥٩) زانزوكى - ج ١ ص ٨ بند ٩ . الفريدو روكو - الحكم المدنى ص ١٠ . وجدى راغب فهمى مذكرات فى مبادىء القضاء المدنى ١٩٧٦ ص ٢٤ . أوجو روكو - ج ١ ص ٥٥ .

(٦٠) وجدى راغب - رسالة ص ٥٢ .

(٦١) عبد الباسط جميعى - السلطة المشار اليها ص ٦٢٢ وهامش (١) . وجدى راغب مذكرات ص ٢٤ رسالة ص ٥٢ . سوليس وبيرو ص ٤٨٠ ، لامبويه ص ٢٠ .

يقوم بأضفاء الحماية التنفيذية للحق ، وهى تعتبر صورة من صور الحماية القضائية . ويتم ذلك حيث لا منازعة بين الخصوم اذ أن التنفيذ لا يكون الا بالنسبة لحق لم يعد محلا للنزاع ، بل حق مؤكد فى وجوده ومقداره (٦٢) .

٢ ـ لا يستأثر القضاء بفض المنازعات أو حلها :

اذا كان القضاء ـ فى نظر هذه النظرية ـ يقوم بحل المنازعات بين الأفراد . وأن أى عمل يكون حاسما لمنازعة يكون عملا قضائيا فان هذا قول غير صحيح ، اذ أن القضاء لا يستأثر بهذه المهمة ، فقد تقوم سلطات أخرى بحل المنازعات عن طريق أعمالها ، ومع ذلك فلا تعتبر هذه الهيئات قد مارست وظيفة القضاء أو أصدرت أعمالا قضائية . فقد تقوم الادارة بحل بعض المنازعات بين الأفراد بقرارات منها لا تعتبر قضاء كما تتولى هيئات التحكيم والافتاء بتقديم الحكم أو الفتوى التى يتم بها حل النزاع ، ومع ذلك فلا تعتبر أعمال المحكمين أو دار الافتاء من قبيل الأعمال القضائية (٦٣) .

٣ ـ عدم اعتبار المنازعة شرطا لقبول الدعوى :

اذا كان القضاء يرتبط بالمنازعة ، فكان لابد أن يجعل المشرع منها شرطا لقبول الدعوى حتى يتم الحصول على حكم بفض هذا النزاع . ولكننا لم نسمع ولم نقرأ أن أحدا قال بهذا ولا مشرعا نص على اعتبار المنازعة شرطا لقبول الدعوى ، فقد حددت التشريعات المختلفة ما يشترط لقبول الدعوى أمام القضاء وحددتها بشروط المصلحة والصفة وعدم سبق الفصل فيها ولم يرد ذكر لوجود المنازعة ضمن هذه الشروط ، وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى وبالتالى لا يصدر فيها حكما موضوعيا رغم وجود المنازعة ـ اذا لم تتوافر شرائط قبولها

---

(٦٢) فتحى والى .. ص ٣٢ ـ الوسيط . مناهج البحث ص ٥٥ ـ ٥٦ . وجدى راغب ـ مذكرات ص ٢٥ .

(٦٣) أنظر وجدى راغب ـ مذكرات ص ٢٥ . فتحى والى ـ الوسيط . ص ٣٣ .

مثل المطالبة بدين لم يحل أجل الوفاء به رغم انكار المدين لهذا الدين . كما قد تقبل الدعوى - رغم وجود المنازعة - ويصدر فيها حكما متى توافرت شرائط قبولها مثل دعاوى بطلان الزواج أو التطليق عند غير المسلمين اذا ما كان هناك اتفاق بين الزوجين على البطلان أو التطليق (٦٤) .

٤ - وحتى الفكرة الموضوعية للمنازعة لا تنهض معيارا لفكرة القضاء القانونية :

اذ أن أنصارها ينظرون الى المنازعة على أنها ظاهرة اجتماعية من شأنها تعكير السلام الاجتماعى وتهديده ، ومن ثم يلزم تدخل القضاء لفض المنازعة وازالة سبب تعكير السلام الاجتماعى . وهم بهذه الفكرة انما يوجهون الأنظار الى دور القضاء فى اقرار السلام الاجتماعى فى المجتمع . وهى ولا شك فكرة اجتماعية وليست فكرة القضاء القانونية (٦٥) . ومن ناحية أخرى فان القضاء لا يستهدف مباشرة تحقيق السلام الاجتماعى وانما يستهدف فحسب ايجاد الحل العادل وفقا للقانون للمسألة المعروضة عليه . بغض النظر عن اقرار أو عدم اقرار السلام الاجتماعى . فهدف القضاء المباشر هو تحقيق القانون فى الواقع ، وهو ما قد يؤدى الى اقرار السلام الاجتماعى . الا أن ذلك يبقى مجرد احتمال نظرى بحت قد لا يوجد دليل أكيد عليه ، اذ قد تستمر المنازعات بين الخصوم بعد صدور الحكم وحتى بعد تنفيذه بل قد تزداد الأحقاد والمنازعات بين الخصوم بسبب الحكم القضائى .

---

(٦٤) وجدى راغب - مذكرات ص ٢٥ . رسالة ص ٥٣ - ٥٤ . محمود هاشم - استنفاد ولاية القاضى المدنى ص ١٥٨ . عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر . والذى استبدل بفكرة المصلحة فكرة المنازعة . أنظر رسالته

La notion d'irrecvabilité en droit judiciare privé, Thèse Paris 1957 p. 106.

(٦٥) كيوفندا - نظم ج ١ ص ٣٩ . أوجو روكو - ج ١ ص ٦١ - ٦٢ .

وحتى لو سلمنا جدلا بأن القضاء يعمل على اقرار السلام الاجتماعى فى المجتمع ، فان ذلك ليس هدف القضاء فحسب ، وانما هو هدف تستهدفه كل أجهزة الدولة ، فالمشرع قد يتدخل لاعادة واقرار السلام الاجتماعى باصدار تشريعات معينة فى هذا الخصوص كما أن الدولة عن طريق أجهزتها الادارية تقوم بفض المنازعات تحقيقا للسلام الاجتماعى فى حالات معينة (٦٦) .

معايير الغاية القانونية

٣٣ ـ مضمون هذه المعايير :

ازاء الانتقادات العديدة الى النظريات التى اتخذت من الغاية الاجتماعية معيارا لتمييز الوظيفة القضائية ، فقد ذهب الرأى الغالب الى ضرورة البحث فى غاية القضاء القانونية . الا انهم قد اختلفوا فى تحديد هذه الغاية فمنهم من وجدها غاية ذاتية but sabjectife تتمثل فى حماية الحقوق الخاصة (٦٧) . ومنهم من وجدها غاية موضوعية تتمثل فى تطبيق القانون على الحالات الخاصة (٦٨) ،

---

(٦٦) انظر وجدى راغب ـ مذكرات ص ٢٤ ٠ رسالة ص ٤٩ ـ ٥١ ٠

(٦٧) وتخلص هذه النظرية الى أن القضاء انما يقوم بوظيفته حماية للحقوق الخاصة أو الشخصية عند الاعتداء عليها أو المنازعة حولها وهذا ما ذهب اليه أغلب الفقه التقليدى مثل محمد حامد فهمى ص ١٦ ٠ جلاسون وتيسييه ج ١ ص ٢٩ ٠ وساتا فى قانون الاجراءات المدنية
Satta salvatore, Diritto processuale Civile, 1959, p. 6 - 8 No. 2.

وقد اعتبر زانزوكى أن ذلك يعتبر غاية غير مباشرة للقضاء ٠ ج ١ ص ١١ وهو نفس ما قال به كل من Gerber, Hellwig. Kisch, Simoncelli مشار اليهم فى أوجوروكو ج ١ ص ٥١ بند ٨ ٠ وانظر فى عرض هذا الرأى ونقده أوجوروكو ـ ص ٥٢ بند ٨ ٠ لامبويه ـ فكرة العمل القضائى ـ ص ١٤ ـ ١٩ ٠ وجدى راغب ـ رسالة ٥٧ ـ ٦٢ ٠

(٦٨) مؤدى هذه النظرية أن القضاء يقوم بتطبيق القانون application du Droit فى الحالات الخاصة المعروضة عليه ، فالقضاء معناه تقرير القانون اى قول كلمة القانون dire le droit على الحالات الواقعية المعروضة عليه ٠ من انصار هذه النظرية موريل

ومنهم من وجدها فى رقابة الشرعية Contrôle de la legalité (٦٩) ، ومنهم من وجـــدها فى تحقيق القانـــون Attuazione del diritto ومنهم من وجدها أخيرا فى ازالة عوارض النظام القانونى .

ونكتفى فى هذا الصدد بالقاء بعض الضـــوء على النظـريتين الأخيرتين وهما نظرية تحقيق القانون ، وازالة عوارض النظـــــام القانونى ، **بادئين بالأولى :**

٣٤ — أولا : نظرية تحقيق القانون :

تذهب النظرية السائدة فى الفقـــه الايطالى (٧٠) الى أن غاية القضاء انما تتمثل فى تحقيق القانون فى الواقع الفعلى ، أو نفاذه العملى . وهذا هو ما يميزه عن الوظيفة التشريعية التى تقوم بدورها فى الحماية القانونية عن طريق ما تصدره من قواعد عامة مجردة ،

=

ص ٧٧ — ٧٩ بند ٧١ . وكذلك الفقهاء Wach. Schmidt Betti. Raselli مشار اليهم فى أوجوروكو ص ٥٢ بند ٨ ، والفقيه ليرو فى رسالته المشار اليها فى وجدى راغب — رسالة ص ٦٢ . أنظر عرض هذه ونقدها فى وجدى راغب — رسالة ص ٦٢ وما بعدها . أوجوروكو — ص ٥٢ — ٥٤ .

(٦٩) وهى النظرية التى قال بها جيليان فى رسالته عن العمـــــل القضائى وحجية الأمر المقضى — المشار اليها ص ٣١ — ٦٠ وما بعدها . ويرى أن العمل القضائى كغيره من الأعمال التنفيـــذية الأخرى يقـــوم بحل مسألة قانونية ، ولكنه يختلف عنهم فى أن المسائل التى يقوم بحلها تتعلق بمخالفة القانون ومن ثم فان دوره يتمثل دائما فى حل مســالــــة الشرعية . أنظر عرض هذا الرأى وجدى راغب — رسالة ص ٦٥ — ٦٨ .

(٧٠) Zanzucchi, Dir Proc. civ V.I. p. 11 No. 11 Micheli, Corso di diritto processuale civile, I 1959 p. 3.

Chiovenda principi di dritto processuale civile 1965 p. 309 Redenti Enrico, Dir. Proc. Civ. V.I. p. 3 et seg.

Liebman. Manuale di diritto processuale civile, I. p. 3. No 1

Libari F.G. lezioni di diritto processuale civile 1961 p. 4 Calamandrei P. istituzioni di diritto proc. civ 1941 p. 44.

وأيضا ما يميز القضاء عن الادارة فى أن الأخيرة انما تقوم بنشاطها تحقيقا لمصالحها الذاتية بعكس القضاء الذى لا يعمل لتحقيق مصلحة ذاتية له ، وانما يستهدف فحسب تحقيق النظام القانونى فى الدولة .

ولكن لما كانت الادارة فى نشاطها تقوم هى الأخرى بتحقيق القانون فقد قدم الفقه الايطالى ضوابط معينة للتمييز بين نشاط الادارة ونشاط القضاء (٧١) ، وكان من أهم ما قيل به فى هذا الخصوص فكرة الحلول التى قدمها الفقيه الكبير كيوفندا .

٣٥ - مضمون فكرة الحلول :

ذهب مؤسس المدرسة الايطالية الحديثة الفقيه العالم Chiovenda الى أن القضاء والادارة كلاهما يقوم بتطبيق القانون وتحقيقه ، الا ان الذى يميز بينهما هو أن الادارة تقوم بتطبيق قواعد القانون لأنها ملتزمة بتطبيقه ، فهى موجهة اليها مثلها فى ذلك مثل سائر المخاطبين بالقانون ، وهى ملزمة مثلهم باحترام القانون وتطبيقه فى حين أن القضاء يقوم بتحقيق القواعد القانونية الموجهة الى الأفراد والذين لم يحترموا هذه القواعد .

---

(٧١) من هذه الضوابط ما قيل به أن القضاء لا يكون طرفا فى الوقائع المعروضة عليه فى حين أن الادارة تكون طرفا ذا مصلحة فى الروابط والوقائع التى تكون محلا لأعمالها . أما القاضى فيكون طرفا محايدا وهذا هو ما يميز وظيفة القضاء (أنظر فى عرض هذا الرأى ومن قالوا به . وجدى راغب ص ٧١ - رسالة) ومن الضوابط التى قيل بها فى هذا الصدد ما قال به الفقيه رونتى فى مقالة له بعنوان
intorno al concetto di giurisdizione publicata in scritti é discorsi giuridici di un mezzo secolo, V. I. 1962 p. 229 — 245.

ويرى رونتى أن القضاء انما يهدف الى ضمان النفاذ العملى للقانون عن طريق ما يقوم به من أعمال قضائية giurisdizione contenziosa مطبقة للجزاءات sanzioni المقررة فى القواعد التى يتم مخالفتها (أنظر المقالة ص ٢٣٤ وما بعدها . أنظر عرضا لذلك محمود هاشم - استنفاد ص ١٦٣ .

وبعبارة أخرى ، فان القضاء يقوم بتطبيق القانون بدلا من الأفراد حالا بذلك محلهم ويخلص الى أن وظيفة القضاء تتمثل فى تحقيق القانون عن طريق حلول نشاطها محل نشاط الأفــراد المخاطبين بالقانون . ويستطرد كيوفندا ويقول أن هذا الحلول لا يقتصر على قضــاء التحقيق Processo di cognezione وانما يمتد الى التنفيذ esecuzione ففى قضاء التحقيق يحل النشاط الذهنى - حلولا نهائيا وملزما - محل النشاط الذهنى للأفراد ، لا الخصوم فحسب ، بل كل المواطنين ، وذلك فى تأكيد وجود أو عدم وجود ارادة خاصة للقانون تتعلق بهم ، أما فى قضاء التنفيذ فيحل النشاط المادى للقضاء محل النشاط الواجب لتنفيذ القانون (٧٢) . وهذا ما يميز ما بين التنفيذ الجبرى والتنفيذ الجنائى ، اذ أن التنفيذ الجنائى لا يتحقق أصلا الا بواسطة هيئة عامة ، ومن ثم فلا يعتبر لذلك تنفيذا قضائيا ، اذ لا حلول فيه لنشاط عام محل نشاط خاص . أما التنفيذ الجبرى فانه يتحقق أصلا بارادة الخصوم ، فاذا لم يتم ذلك اختيارا من قبــل الأفراد ، فتتدخل الدولة عن طريق القضاء لتنفيذ ارادة القانون ، اما عن طريق اجبار الخصوم بالقيام بهذا النشاط ، واما عن طريق قيام الدولة به بدلا من الأفراد (٧٣) .

ويخلص كيوفندا الى أن هذا الحلول هو الذى يميز نشــاط القضاء عن نشاط الادارة ، والتى تقوم بتحقيق القانون لأنها ملتزمة بتحقيقه ، وهى عندما تقوم بذلك فانما تعمل لحسابها وتحقيقا لأهدافها الذاتية ، وينتهى كيوفندا الى القول بأن نشاط الادارة انما يعد نشاطا أوليا وأصليا بينما يكون نشاط القضاء مجرد نشاط ثانوى (٧٤) .

---

(٧٢) أنظر كيوفندا .. مبادىء ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

(٧٣) كيوفندا - مبادىء ص ٢٩٧ - ٢٩٨ .

(٧٤) كيوفندا - مبادىء ص ٢٩٨ . وأنظر فى عرض نظرية كيوفندا - وجدى راغب - رسالة ص ٧٠ - ٧١ .

٣٦ ـ نقد نظرية الحلول :

لاقت نظرية الحلول هذه رواجا فى الفقه الايطالى (٧٥) ووجدت من يدافع عنها فى الفقه المصرى (٧٦) . الا أن ذلك لم يشفع لها فى آن تكون معيارا حاسما للقضاء ووظيفته اذ وجهت اليها العديد من الانتقادات والتى يمكن تلخيصها فيما يلى :

ـ تؤدى هذه النظرية الى مساواة عمل القضاء بعمل الخصم أو الفرد المخاطب بالقانون من حيث الطبيعة وترتيب الآثار ، لأن النظرية تجعل من نشاط القضاء مجرد نشاط بديل لنشاط الفرد المخاطب بالقانون ، اذ أن القضاء يحل بنشاطه محل الفرد فى تنفيذ ارادة القانون . مع أنه من المسلم به أن العمل القضائى يختلف فى طبيعته عن عمل الفرد ، الأمر الذى يؤدى الى انفراد العمل القضائى بالقدرة على ترتيب آثار قانونية معينة لا يستطيع غيره ترتيبها ، مثل حجية الأمر المقضى التى ترتبها أحكام القضاء الموضوعية (٧٧) .

ـ لا يجمع هذا المعيار كل أنواع القضاء ، فيخرج عنها القضاء الوقتى ، حيث لا حلول فيه محل نشاط الأفراد ، وأن القضاء الوقتى لا يتحقق أصلا الا بنشاط القضاء فالحكم بالحراسة على مال متنازع عليه مثلا ، وهو حكم قضائى وقتى ، لا جدال فى ذلك ، يصدر من القاضى ، ولا يحل فيه القاضى محل المدعى عليه فى تحقيق ارادة القانون ، اذ أن المدعى قبل الحكم بالحراسة ، لم يكن له قبل المدعى

---

(٧٥) مثل زانزوكى ـ جـ ١ ص ١٢ وما بعدها بند ١١ . أوجوروكو جـ ١ ص ٤٩ ـ ٥٠ بند ٦ ليبمان ـ موجز جـ ١ ص ٤ ـ ٥ بند ١ . ليبارى ـ دروس ص ٤ ـ ٥ .. كوستا ص ٧٧ بند ٥٣ وكذلك
Piero Calamandrie, limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza Civile, in studi sul processo civile V. I. p. 233.
روكو الفريدو ـ الحكم المدنى ـ المشار اليه ص ٨ .

(٧٦) أنظر فى الدفاع عن هذه النظرية ـ فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٥ ـ ٣٦ .

(٧٧) أنظر وجدى راغب . رسالة ص ٧٣ .

عليه حق الحراسة والذى رفض المدعى عليـــه الاعتراف به (٧٨) . وكذلك الأحكام الصادرة فى الطعون الادارية الخاصة برجال القضاء ، لا يحل فيها القضاء فى هذا الخصوص محل الغير (٧٩) .

— كما أن هذا المعيار لا يمنع من دخول أعمال أخرى لا تعتبر قضاء فى فكرة القضاء لأن مصدر هذه الأعمال يحل بنشـــاطه محل الغير فى تحقيق ارادة القانون ، ومثال ذلك التنفيذ المباشر الـــذى تستخدمه الادارة قبل الأفراد لاستئداء حقوقها قبلهـــم . فالادارة فى هذه الحالات تحل بنشاطها محل الأفراد الذين لم يقوموا بتنفيـــذ التزاماتهم قبل الادارة ، ولم يقل قائل بأن التنفيذ الادارى يعد من قبيـل القضاء .

٣٧ — ثانيا : ازالة عوارض النظام القانونى :

كشف جانب آخر من الفقهاء عن حقيقة دور القضاء فى الدولة ، والذى يتمثل فى أن القضاء لا يعمل على النفاذ العادى للقانون ، وانما يتدخل فحسب فى لحظات المرض التى تطرأ على هـــذا النفـــاذ Stadio patologico ونقطة البدء عنـــد هؤلاء الفقهاء تتمثـــل فى تحقيق القانون وتنفيذه وحماية المصالح التى تحميها قواعده ، انما يتم مباشرة وتلقائيا عن طريق الأفراد . la normale espontanea attuazione del diritto (٨٠) . الا أن هـــذا النفاذ التلقائى لا يحدث غالبا نتيجة لاعتبارات مختلفة ، ومن هنا تطرأ على هذا النفاذ العادى أمراض تمنع نفاذه الأمر الذى يستوجب تدخل القاضى لعلاج هـــذه الأمراض (٨١) .

---

(٧٨) وجدى راغب — مذكرات — المشار اليه ص ٣٢ .

(٧٩) وجدى راغب — الاشارة السابقة — والرسالة ص ٧٤ .

(٨٠) انظر ، أوجوروكو — ج ١ ص ٣٣ — ٣٤, بند ١ .

(٨١) انظر ميكيلى ج ١ ص ٤١ — ٤٢ والذى يصف وسائل الحماية القضائية ، بأنها عـــلاجات قضـــائية rimedi guirisdizionali ويقرر أن وظيفة القضاء يباشرها القضاء فى خصومة قضائية ، وأن صور

وقد أوضح الفقيه الفرنسى بونار (٨٢) الأمر ، بعد أن استعرض مختلف ظواهر النظام القانونى ، ووجد أنه بجانب قواعد القانــــون والحقوق والتصرفات القانونية والمراكز المختلفة ، يوجد ما أســـماه بمراكز النزاع . والتى تعتبر مجرد واقعة نزاع موضوعها مسألة قانونية خاصة بتنفيذ القانون تتمثل فى ادعاء نشاط مخالف للقانون ومقاومة من الجانب الآخر تنكر هذه المخالفة . وتظهر هذه الظاهرة كعارض يعترض تحقيق القانون الأمر الذى يتطلب تدخل القضاء لازالة هـــذا العارض (٨٣) ، تحقيقا للسلام الاجتماعى . والعمل القضائى فى رأيه يعد عملا مركبا من عنصرين تقرير يحسم المنازعة وقرار يكون نتيجة منطقية لتقرير القاضى ، ويقرر أن هذا القرار قد لا يوجد فى بعــض الأعمال القضائية . ثم يخلص الى أن العمل القضائى يتميز بحجية الأمر المقضى .

٣٨ - نقد هذه النظرية :

يرجع الفضل الى أنصار هذه النظرية فى القاء الضوء على حقيقة الدور الذى يقوم به القضاء فى النظام القانونى ، من أنه دورا استثنائيا لا يقوم الا عند الحاجة ، أى لا يقوم الا عندما يطرأ عارض يمنــــع النفاذ العادى للقانون . ولكن هذا المعيار مع بدايته الصـــــحيحة ولا شك ، عاد وحصر هذه العوارض التى يتعرض لها النظام القانونى فى النزاع . ومن ثم يتعرض لما تعرض له أنصار فكرة المنازعة مــن نقد . اذ أن عوارض النظام القانونى والتى تستوجب تدخــل القضاء

=

الحماية القضائية لا يجب أن تترك لتقدير القاضى ، وانما ينظمها المشرع والذى يقرر نظم العلاج . ص ٤١ - ٤٢ . وأنظر تعريف فارإندا لنشاط القضاء فى مؤلفه أهلية القاضى ص ٩٦ - ٩٧ Faranda C. la capacità del giudice 1958 وراجع كلامندريه - المقالة السابقة ص ٢٣٥ .

(٨٢) Bonnard R. la conception materielle de la fonction Juridictionnelle Melargé de malberg. Paris 1933 p. 26 — 29.

(٨٣) أنظر فى عرض هذه النظرية - وجدى راغب - ص ٧٦ - ٧٨ . محمود هاشم - البحث المشار اليه ص ١٦٧ بند ٦٤ .

كثيرة ومتنوعة ، فالأمراض ليست كلها واحدة وانما تختلف فى جسامتها باختلاف أنواعها . ومن ناحية ثانية فان بونار قد عاد وقرر أن العمل القضائى عمل قانونى مركب ، فانه بذلك يكون قد دخل فى معيار مكونات العمل القضائى الذى قال به دوجى من قبل ، ويتعرض لما تعرض له من انتقادات (٨٤) .

الفـــــرع الثالث

فكرة الوظيفة القضائية فى رأينا

٣٩ - يجب علينا - ختاما لكل ما تقدم - ان نحدد موقفنا من كل هذه المحاولات الفقهية التى قيل بها لتعريف الوظيفة القضائية .

ونوضح بداءة ان صعوبة الوصول الى معيار محدد لتمييز وظيفة القضاء عن الوظيفة التنفيذية أو الادارية . انما ترجع أساسا الى غموض الوظيفة القضائية ذاتها ، وانصراف أغلب الفقهاء عنها ، واقتصار محاولاتهم على تعريف الأعمال القضائية وبيان خصائصها والتى تميزها عن الأعمال الادارية . ولا شك أن ذلك يمثل خطأ منهجيا فى البحث العلمى ، لأنهم يعرفون الوظيفة القضائية بالأعمال التى تؤدى بها . وهذا منطق عكسى ، اذ ان العمل هو اداة الوظيفة ، ومن ثم فلا يجب أن تستخلص مفهوم الوظيفة من خلال أعمالها الصادرة عنها ، وانما العكس هو الصحيح فوجود وظيفة قضائية متميزة يؤدى بالضرورة الى وجود أعمال يتم بها أداء هذه الوظيفة ، اذ أن وجود الأعمال القضائية هو الذى يؤدى الى استخلاص الوظيفة القضائية (٨٥) . اما العمل القضائى ذاته ، شانه مثل شان سائر الأعمال القانونية أو التصرفات ، انما يشتمل تعريفه على كافة عناصره

---

(٨٤) انظر فى هذا كله وجدى راغب - رسالة - ص ٧٧ - ٧٨ .

(٨٥) انظر دراسات العميد فزيور - ص ٩٧ ، وجدى راغب - رسالة ص ٨٣ - ٨٤ .

ومكوناته ، الموضوعية والشكلية على حد سواء (٨٦) . وعلى ذلك فيجب البحث أولا فى الوظيفة القضائية ، فى طبيعتها ودورها القانونى، واذا وصلنا الى مفهوم محدد لهذه الوظيفة ، فانه يمكن بسهولة استخلاص خصائص العمل الذى تؤدى به وظيفة القضاء ، فالعمل أداة الوظيفة . أما اذا تم البدء بتحديد خصائص العمل القضائى ـ كما فعل أغلب الفقهاء ـ فان ذلك يعنى التخلى عن تعريف الوظيفة القضائية (٨٧) . ومن هنا كان لابد من البحث فى الوظيفة القضائية ذاتها ، ماهيتها ودورها القانونى . وتعريف الوظيفة القضائية لابد أن يرتكز على دورها القانونى ، وهذا هو الذى يمثل الاساس المنطقى لتمييز أداة وظيفة القضاء وهى العمل القضائى ، وهو أيضا الذى يستوجب انفراد العمل القضائى بخصائص معينة تميزه عن غيره من الأعمال (٨٨) .

٤٠ ـ فما هو دور القضاء أذن ؟ :

اذا كنا قد وصلنا الى ضرورة البدء بتعريف الوظيفة القضائية حتى نستطيع أن نميز أعمالها ، وأن الوصول الى هذا التعريف يقتضى بيان دور القضاء بالنسبة للقانون ، وهذا الدور لابد أن يختلف مع دور الوظائف الاخرى للدولة . فلابد أن نحدد الان ما هو دور القضاء .

ومن المعروف أن الدولة تقوم بثلاث وظائف كل منها يلعب دورا معينا بالنسبة للقانون . فالوظيفة التشريعية تتمثل فى انشاء القواعد العامة المجردة (القانون) وتتمثل الوظيفة التنفيذية فى تنفيذ هذه القواعد العامة المجردة ، أما القضاء فهو لابد قائم بدور آخر فى هذا السبيل ، يتمثل فى حماية القانون حماية قضائية Tutela giurisdizionale

---

(٨٦) وجدى راغب ـ ص ٨٤ .

(٨٧) وجدى راغب ـ الاشارة السابقة .

(٨٨) وهذا هو رأى الدكتور وجدى راغب والذى عرض له فى رسالته النظرية العامة للعمل القضائى المشار اليها ص ٨٣ وما بعدها . وكذلك مذكراته فى مبادىء القضاء المدنى ص ٣٢ وما بعدها .

بازالة عوارض النظام القانونى والتى تحول دوم نفاذه نفاذا عاديا . ويقال لذلك أن القضاء هو حامى النظام القانونى ، وهذه الحماية هى دور القضاء بالنسبة للقانون ، وهو غايتـــــه المباشرة فى نفس الوقت بعكس المشرع والادارة ، فما هما الا مجرد أجهزة سياسية واجتماعيـة تعمل بالقانون لتحقيق أهداف وغايات سياسية واجتماعية معينة (٨٩) .

ورأينا فيما سبق ، انه اذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، تحتمها ظروف الحياة فى الجماعة ، فان تحقيقه فى الواقع ، يعد ضرورة لا تقل فى أهميتها وخطورتها عن ضرورة وجود القانون ذاته (٩٠) . لأنه وان كان الاصل أن يتم تحقيق القانون تلقائيا من خلال النشــــاط اليومى المعتاد لأفراد الجماعة البشرية المخاطبين به (٩١) ، الا أن ذلك لا يتحقق غالبا ، نتيجة لاعتبارات متباينة ، أما جهلا من الافراد بالقانـــــون وقواعده ، واما لارادة مخالفة هذه القواعد ، وصولا الى هدف معين . ومن هنا يطرأ على النظام القانونى عارض يمنع سريانه التلقائى ونفاذه العادى ، الأمر الذى ينتقل فيه القانون الى حالته المرضية attuazione potologica ومن هنا كان لابـــــد من عـــــلاج ، كان لابـــــد من ازالة ما يعترض نفاذ القانون من عوائق ، كان لابد من ايجاد ســلطة معينة تعمل على تحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى ، وتعطيه فاعليته ولزومه . ولم يكن من الممكن أن تكون هذه الســـلطة هى القـــــوة والتى كانت سائدة فى المجتمعات البدائية ، خاصة بعـــد التطـــــور الحضارى الذى بلغته المجتمعات المعاصرة . وانما كان لابـــــد من

---

(٨٩) انظر وجدى راغب – ص ٨٥ . محمود هاشم . بحث فى استنفاد ولاية القاضى المشار اليه ص ١٧٥ .

(٩٠) أنظر محمود هاشم – استنفاد ولاية القاضى ص ٦ وما بعدها ص ١٧٥ وما بعدها .

(٩١) وفى ذلك يقول أوجوروكو :

Nei rapporti ordinari della vita l'attuazione del diritto avviene di reg ola, spontaneamente, rispettando Soddisfacendo direttamente gli interessi che la norma giuridica garantisce e tutela p. 33, No. 1 V. I.

القضاء الذى تتولاه الدولة ، والذى اصبح حكرا عليها (٩٢) ، والذى تكون وظيفته هى حماية النظام القانونى بازالة ما يعترض سريانه التلقائى أو نفاذه العادى .

٤١ - يتضح مما تقدم ان دور القضاء يتمثل فى حماية النظام القانونى ، ومن ثم تكون وظيفته وظيفة علاجية ، تحمى القانون من الأمراض التى يصاب بها ، أما علاجها أو الوقاية منها ، ولهذا فقد قيل بحق أن « القاضى هو طبيب الجسم القانونى » (٩٣) . ونظرا لأن وظيفة القضاء هذه وظيفة علاجية ، فانها لا تباشر الا اذا كان هناك ما يبرر مباشرتها ، أى اذا لم يكن هناك مرضا يتطلب علاجا أو خطرا يتطلب الوقاية منه . وتنحصر وظيفة القضاء لذلك فى حدود هذا المرض أو ذاك الخطر ، ولمجرد ازالته دون أن يكون لها أن تبحث فى أسبابه ومبعث حدوثه (٩٤) ، لأن ذلك يخرج بالطبع عن وظيفة القضاء ليدخل موضوعا من موضوعات علم الاجتماع القانونى (٩٥) . وبهذا تتميز الوظيفة القضائية بدورها القانونى عن الوظيفة التشريعية المنشئة للقواعد العامة وعن الوظيفة التنفيذية المنفذة لهذه القواعد تنفيذا تلقائيا من خلال ممارستها لنشاطها .

واذا كانت وظيفة القضاء ، تنحصر - على هذا النحو - فى ازالة عوارض النظام القانونى ، فان هذه العوارض لا تنحصر فى مجرد مخالفة القانون (٩٦) ، وانما تتنوع هذه العوارض وتتعدد بتنوع

---

(٩٢) أنظر - أوجوروكو - جـ ١ ص ٣٨ بند ٤ ، ميكيلى جـ ١ بند ٣ ، ص ٨ .

(٩٣) Piero pojardi, la responsabilità per le spese et danni del processo, 1958. p. 64.
مشار اليه فى وجدى راغب ص ٩٢ .

(٩٤) بوجاردى - المسئولية عن مصروفات الخصومة واضرارها المشار اليه ص ٦٥ .

(٩٥) أنظر وجدى راغب - رسالة ص ٩٣ .

(٩٦) كما ذهب الى ذلك الفقيه الفرنسى بونار فى فكرته المادية لوظيفة القضاء - المشار اليها ، وهو ما عرضنا له حينا ، وهو ما كان محلا للنقد والاعتراض .

وتعدد أسبابها . فهناك ظاهرة تجهيل القانون (٩٧) . بالنسبة لحق من الحقوق أو مركز من المراكز التى يحميها القانون ، فيتدخل القضاء لازالة هذا العارض بتأكيد وجود أو نفى وجود هذا الحق أو المركز القانونى تأكيدا ملزما . وهناك ظاهرة الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت ، والذى يتطلب تدخلا سريعا لمواجهة مثل هذه الظروف ، بالاضافة الى ظاهرة مخالفة القانون أى التعارض بين الواقع والقانون ، وهذا يتطلب تدخل القضاء لازالة هذا العارض واعادة التوافق بين الواقع والقانون عن طريق فرض الجزاءات المقررة فى هذا الخصوص (٩٨) .

٤٢ ـ تعدد عوارض النظام القانونى :

لا تنحصر عوارض النظام القانونى فى مخالفة القانون ، وانما تتعهد هذه العوارض وتتنوع بتعدد وتنوع أسبابها . ويمكن حصر عوارض النظام القانونى فى ثلاثة عوارض هى :

(أ) تجهيل القانون Incertezza del diritto

لا يتحقق الاستقرار الذى تهدف اليه القوانين المحددة لحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية ، الا عن طريق معرفة الأفراد المخاطبين بالقانون ، لحقوقهم ومراكزهم القانونية ، معرفة أكيدة ، تمكنهم من ممارسة هذه الحقوق والانتفاع بمزاياها ، وممارسة المكنات التى تخولها ، وذلك على نحو لا لبس فيه ولا غموض ، الأمر الذى يتيح لهم التصرف باطمئنان ، استنادا الى ذلك دون ما خوف او خلق من نتائج هذا التصرف مستقبلا (٩٩) . واذا كان ذلك يجب أن يتم بطريقة تلقائية spontanea من خلال النشاط الأصيل للأفراد Attività primaria dei cittadini وذلك من خلال تطبيقهم

---

(٩٧) أنظر فى تفاصيل هذه الظاهرة ـ وجدى راغب ص ٩٣ ـ ٩٦ .
(٩٨) أنظر فى عوارض النظام القانونى ـ الاشارة السابقة .
(٩٩) أنظر وجدى راغب . مذكرات ص ٤٦ .

لقواعد القانون على وقائع حياتهم مما يمكنهم دوما من استخلاص رأى giudizio ذاتى عن مراكزهم القانونية .

الا أن هذا لا يتم دائما ، نتيجة لاعتبارات متباينة ، ولا يتم التوافق أو التطابق بين الواقع الاجتماعى والرأى الذاتى للفرد عن مركزه القانونى . ومن هنا يكون قد اعترض النفاذ العادى للقانون عارض معين يتمثل فى تجهيل القانون بالنسبة لهذا المركز ، فلا الرأى الذاتى صالح لتحقيق فاعلية القانون ولا القانون يتحقق تلقائيا . ومن ثم تظهر الحاجة الى ازالة هذا العارض ، ازالة الغموض الذى اكتنف الحق أو المركز القانونى ، بتأكيد وجوده أو نفى هذا الوجود ، وذلك لاعادة التوافق بين الرأى الذاتى والواقع الخارجى . ويقوم القضاء بهذه المهمة ، مقدما الرأى القضائى الملزم للافراد مؤكدا وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى ، وبذلك يتحقق الاستقرار القانونى (١٠٠) .

(ب) الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت :

ان حماية الحقوق والمراكز القانونية ، حماية قضائية كثيرا ما تتطلب وقتا طويلا تقتضيه اجراءات التحقق من ادعاءات الخصوم وتحقيق دفوعهم ودفاعهم بشأنها ، ولكن فى حالات معينة قد تطرأ - خلال هذه الفترة - ظروف معينة تجعل تحقيق هذه الحماية أمرا غير ممكن . أو تجعلها عديمة الجدوى بعد انقضاء الوقت اللازم للحصول على حماية القضاء النهائية . وفى هذه الحالات نكون أمام ظاهرة الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت ، والذى يقتضى أن يتدخل القضاء لمواجهة هذه الظروف ليمنح حماية وقتية ، معجلة ، ضمانا وتأكيدا للحماية النهائية الموضوعية بعد ذلك (١٠١) ، يكون مصيرها متوقف على ما تسفر عنه الحماية الموضوعية .

---

(١٠٠) انظر وجدى راغب رسالة ص ٩٤ وما بعدها .. أوجوروكو ص ٣٤ .

(١٠١) ميكيلى - ج ١ ص ٧٠ .

(جـ) مخالفة القانون :

قد لا يقف الاعتداء على الحق أو المركز القانونى عند مجرد انكاره أو معارضته من قبل الاغيار حتى يكفى لازالته صدور حكم تقريرى بحت ، وانما قد يتخذ الاعتداء - فى بعض الأحيان - صورة احداث تغيير مادى له بحيث يصبح مخالفا للحق أو المركز القانونى ، وبالتالى يتعارض سلوك الأفراد مع القانون أى أنه قد تمت مخالفة القانون . فكان لابد من ازالة هذه المخالفة واعادة التوافق ولو جبرا بين سلوك الأفراد الفعلى وقواعد القانون ، وهنا يتدخل القضاء لاحداث هذا التطابق ، عن طريق تطبيق جزاء القاعدة القانونية التى تمت مخالفتها (١٠٢) .

ونتيجة لتعدد هذه العوارض ، تتعهد صور الحماية القضائية ، فكما أن الطبيب لا يصف دواء واحدا لكل الأمراض ، فالقاضى وهو المعالج للنظام القانونى ، لا يمنح حماية واحدة لكل هذه العوارض ، وانما يمنح صورا منها تتعدد بتعدد عوارض النظام القانونى ، فهناك الحماية الموضوعية ثم الحماية الوقتية وبجانبهما توجد الحماية التنفيذية (١٠٣) (١٠٤) .

---

(١٠٢) انظر محمود هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائى - ١٩٨٠ ص ٣ وما بعدها بند ٣ ، ص ١٣ - ١٤ .

(١٠٣) انظر فى صور الحماية . فتحى والى ص ١٣١ وما بعدها . وجدى راغب . رسالة ص ٩٩ وما بعدها . محمود هاشم - الموجز ص ٢٨ وما بعدها ميكيلى ص ٤١ جـ ١ وما بعدها . ليبمان جـ ١ ص ٦١ . مبادىء كيوفندا ص ١٣٤ ، كوستا ص ٣٢ وما بعدها .

(١٠٤) ولا نذهب مع من ذهب الى أن المراكز الولائية les situations gracieuses فنظرا لأنها لا تتحقق اصلا بارادة الأفراد فى حالات معينة ، بل يلزم لتحققها تدخل من القضاء . الأمر الذى يؤدى الى قصور ارادة الأفراد فى تسيير القانون وتحقيقه ، مما يعنى أن ذلك يمثل عارضا من عوارض النظام القانونى والذى يتدخل القضاء لازالته بمنح صورة رابعة من صور الحماية القضائية هى الحماية الولائية (القضاء الولائى) انظر وجدى راغب - رسالة ص ٩٧ وما بعدها . ونعرض فيما بعد عن وجهة نظرنا وادلتها .

المبحث الثـــانى

خصـــائص العمـــل القضـــائى

٤٣ - رأينا فيما تقدم المفهوم القانونى لوظيفة القضاء ، وهو دورها بالنسبة للقانون ، والذى يتمثل فى ازالة عوارض النظام القانونى . وهذا الدور المتميز هو الذى يميز القضاء عن الادارة ، وبالتالى يميز العمـــل القضائى عن العمل الادارى . لأن هذا الدور المتميز لوظيفة القضـاء يستوجب توافر خصائص معينة فى أداة هذه الوظيفة أى فى العمـــــل القضائى . ويمكن لنا بسهولة استخلاص هذه الخصائص التى يتميز بها العمل القضائى عن غيره من الأعمال ، والتى تستوجب توافرها فيه طبيعة الوظيفة القضائية ودورها .

٤٤ - ١ - الطلب القضائى : Domanda giudiziale

نظرا لأن وظيفة القضاء وظيفة علاجية ، فانها لا يجب أن تكـــون وظيفة تلقائية أو مفروضة ، وانما يجب أن تتم بناء على استدعاء ممن قامت به الحاجة الى حماية القضاء . فكمـــا أن الطبيب لا يذهب الى المريض الا بعد استدعائه ، فان القاضى وهو المعالج للنظام القـــانونى لا يباشر وظيفته الا بناء على هذا الاستدعاء أو الطلب . وهذا ما يعرف بمبـــدأ الطلب principio della domanda وهو المبـــدأ الأساسى الذى يحدد الرابطة بين الخصوم وممارسة الوظيفة القضائية . فالقـــاضى لا يعمـــــل من تلقاء نفسه ، "ne procedat judex ex officio" (١٠٥) لا يقضى فيما لم يطلبه الخصوم ولا بأزيد مما طلبوه (١٠٦) . ويبرر

---

(١٠٥) أنظر فى هذا المبدأ واساسه . ليبمان - موجز جـ ١ ص ٢٢٨ بند ١٢٥ . لوجوندريا - موجز ص ٢٧ بند ١٣ . كوستا ص ٢٦٤ ومـا بعدها . كارنيلوتى نظم . جـ ١ ص ٢٠٥ بند ٢٢٢ . كالامندرى - نظم جـ ١ ص ٢٠٩ وما بعدها . وانظر كذلك .
Carancini, Tutela giurisdizionale e Tecnica del processo, in studi in onore di Redenti II p. 693.
Normand. Jacque, le juge et le litige, Thèse Paris 1965 p. 40 ets.

(١٠٦) ليبمان - الاشارة السابقة .

البعض أن مبنى هذا المبـــدأ يكمن فى أن الحق فى الدعـــوى ، هو ذاته مضـــمون الحـــق الفـــردى ، وبالتـــالى فامر حمايته والدفاع عنه متروك لحرية صاحبه (١٠٧) . الا أن هنـــاك اعتبار آخر يقـــوم عليه هذا المبدأ وهو حياد القاضى ، اذ لو أن القـــاضى قام ببدء الخصومة لأصبح مدعيا وقاضيا فى نفس الوقت (١٠٨) .

ولقد استقر قضاء النقض على التزام محكمة الموضوع فى قضائهـــا حدود طلبات الخصوم ، فلا تحكم بأكثر مما طلب منها الحكم به ، فان تجاوزت ذلك ، عن بينة وادراك ، وبينت فى حكمها وجهة نظرها فى النزاع ، وأظهرت أنها تدرك حقيقة ما قدم لها من طلبات ، وتجاوزت لقضائها ما طلبـــه الخصـــم ، فانهـــا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (١٠٩) .

كما أن محكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء النقض مقيـــدة بالوقائع والطلبات المطروحة عليها ، فلا تملك التغيير فى مضـــمون الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم (١١٠) .

مما تقدم يتضح أن طبيعة وظيفة القضاء ، قد اقتضت أن تكون وظيفة مطلوبة وليست تلقائية كما هو الوضع بالنسبة لنشاط الادارة ، اذ أن وظيفة القضاء انما تتمثل فى حماية النظام القانونى من عوارضه ، وبالتالى لا يتدخل الا عند الالتجاء اليه من الشخص الذى قامت به الحاجة الى هذه الحماية . ويترتب على ذلك أن القاضى لا يجوز له أبدا أن

---

(١٠٧) ساتا ص ١١١ بند ٧٨ . نورماند ص ٤٣ .

(١٠٨) كارنشينى - ما سبق ص ٧٤٣ وجدى راغب - رســالة ص ٦٠٨ . فتحى والى - الوسيط ص ٤٨١ .

(١٠٩) نقض ١٩٨٦/٥/٨ فى الطعنين رقمى ٢٥٠٨/٢٥٢٦ لسنة ٥٢ ق . لم ينشر ، نقض ١٩٨٢/٦/٢ - المحاماة س ٦٥ ، العـــددان الثالث والرابع ١٩٨٥ ، ص ٧٠ ، نقض ١٩٨٢/٣/٤ فى الطعن ١٦٦٤ لسنة ٤٨ ق - المحاماة س ٢٤ ، العددان الأول والثانى ١٩٨٤ ، ص ١٠٦ .

(١١٠) نقض ١٩٨٢/٥/١٢ ، المحاماة س ٦٤ . سبتمبر - أكتوبر ١٩٨٤ ، ص ١٠٨ .

يبدأ خصومة ويحكم فيها (١١١) ، فلا يفصل فى غير طلب مقدم اليه ولو كان لأمر يتعلق بالنظام العام ، وان كان له استثناء من الأصل أن يفصل ومن تلقاء نفسه فيما يثور أمامه من أمور تتعلق بالنظام العام ، وذلك فى خصومة رفعت اليه ابتداء من قبل الخصوم .

واذا كان الطلب القضائى لا يمثل عنصر من عناصر العمل القضائى ، الا أنه مفترضا Presupposto قانونيا لصحته ، « ومن ثم فهو يدخل فى تكوين فكرة العمل القضائى ، ويعد بمثابة ركن من أركانها القانونية » (١١٢) .

٤٥ ـ ٢ ـ شكل العمل القضائى :

لا يصدر العمل القضائى الا بعد اتخاذ مجموعة من الأعمال القانونية وهى التى يطلق عليها اصطلاح الاجراءات القضائية . ويقوم ببعض هذه الاجراءات الخصوم ، ويقوم القاضى ببعضها الآخر ، ويقوم أعوان القضاء من كتبة ومحضرين وغيرهم ببعض هذه الاجراءات . ويطلق على هذه المجموعة من الاجراءات اصطلاح الخصومة القضائية . واتخاذ هذه الاجراءات يعتبر مفترضا شكليا للعمل القضائى . وتمثل الخصومة بما فيها من اجراءات الشكل القانونى العام للعمل القضائى (١١٣) ، فهو وسيلة ينظمها المشرع للحصول على العمل القضائى ، وصولا الى غاية سامية ، وهى الحقيقة ، والتى لن يصل القاضى اليها الا بعد تحقيق ادعاءات وطلبات الخصوم واثباتها حتى يتمكن من تطبيق القانون عليها ، وتكفل الاجراءات المكونة للخصومة الضمانات التى أراد المشرع توفيرها للخصوم ، وأهمها حقوق الدفاع والتى

---

(١١١) اذ أن القاضى وهو انسان ، له حياته وله مشاكله مع غيره ، قد يقاضى (مدعيا) وقد يقاضى (مدعا عليه) وفى هاتين الحالتين يكون خصما ويكون غير صالح لنظر أى منهما .

(١١٢) وجدى راغب ـ رسالة ص ٦٠٦ .

(١١٣) أنظر وجدى راغب فهمى . مبادىء الخصومة المدنية ـ ١٩٧٨ ـ ص ١٥ ـ ١٦ . محمود هاشم . دروس فى مبادىء قانون القضاء المدنى ـ الجزء الثانى ـ التقاضى . على الالة الناسخة ١٩٧٨ ص ١٤٠ و ص ٢٠١ .

تتمثل فى حق الخصوم فى المرافعة الشفوية ، وتقديم المذكرات المكتوبة الى القضاء وكذلك الأدلة ووسائل دفاعهم ، بل واعطائهم مواعيـــدا للاطلاع على ما قدمه الخصم الآخر فى غيبة واعداد الرد على هـــذا . ناهيك عن المبادىء التى تقوم عليها الخصومة القضائية (١١٤) . تكفل جميعها ضمانات العـــدالة مثل مبدأ المواجهـــة بين الخصـــــوم Principe du contradictoire. ومبـــدأ علنيـــة الاجراءات وشـــفوية المرافعة (١١٥) .

واذا كان المشرع قد جعل من الخصومة شكلا عاما للعمل القضائى ، فانه لم يرد بذلك جعلها الشـــكل الوحيد لهذا العمل . اذ قد يخرج لاعتبارات معينة ، ويرسم شـــكلا آخر يصـــدر فيه العمل القضائى . وهكذا فعـــل بالنســـبة لاســـتيفاء الديون الثابتة بالكتابة ، والتى راى المشرع أن يخرج هذه الديون من نطاق الاجراءات المعتادة للتقاضى والتى تحقق اليقين القانونى بعد تحقيق وفحص واثبات ادعاءات الخصوم وما يستلزمه من وقت قد يطول ، واستحدث بالنسبة لها فى سنة ١٩٤٩ نظاما آخر يتميز بسهولته وبساطته ، وهو نظام أوامر الأداء (١١٦)

---

(١١٤) راجع وجدى راغب . مبادىء ص ١٧ وما بعدها . ابراهيم سعد . القانون القضـــائى الخاص ص ٦٦١ - ٦٧١ بنـــد ٢٦٢ . أحمد مسلم . أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ٣٧٦ - ٣٨٢ فنسان ص ٤٤٤ - ٤٥٠ بند ٣٨٨ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب العشماوى . ص ٢٢ - ٥٩ . محمود هاشم فى النظام القضائى وقواعد الاختصـــاص ١٩٧٨ ص ٦٩ وما بعدها .

(١١٥) انظر فيجورتى . علنية الاجراءات القضـــــائية - المجلة الفصلية لقانون المرافعات ١٩٧٣ الجزء الثانى ص ١٤٢٣ .

(١١٦) انظر فى هذا الموضوع عبد الحميد الوشاحى ، مؤلفه فى اوامر الأداء سنة ١٩٥٨ . أمينة النمر . اوامر الأداء ســـنة ١٩٧٥ . عبد الباسط جميعى . الاستئناف المباشر لأوامر الأداء : مجـلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الثالثة . العـدد الثـــانى . فتحى عبد الصبور أوامر الأداء : مجلة المجموعة الرسمية للأحكام والبحـــوث القانونية السنة ٦٠ العدد الثالث ، وأيضا فى ذات المجلة فى العـــدد الثانى من السنة ٦١ بعنوان « البطلان وأوامر الأداء » . عبد البـاســـط جميعى - ومحمود هاشم . التنفيذ ص ١٣٧ وما بعدها .

والمنظم فى تشريعنا الحالى بالمواد ٢٠١ ـ ٢١٠ من قانون المرافعات . وتصدر هذه الأوامر فى شكل مخصوص هو العريضة ، وهى من هذه الزاوية تشبه الأوامر على العرائض المنصوص عليها فى المواد من ١٩٣ ـ ٢٠٠ من نفس القانون ، الا أن الفارق بينهما يظل شاسعا ، اذ أن الأوامر على العرائض انما تمثل النموذج العام للعمل الولائى لأنها تصدر بمقتضى السلطة الولائية . أما أوامر الأداء فما هى الا أعمال قضائية بالمعنى الفنى ـ تصدر من قاضى الموضوع ـ فاصلة فى أصل الحق محققة الحماية القضائية الموضوعية خاضعة للنظام القانونى الذى يحكم العمل القضائى (١١٧) .

٤٦ ـ ٣ ـ ترتيبها لآثار قانونية خاصة :

نظرا لما تؤديه الأحكام القضائية من وظيفة قانونية هى تحقيق الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ، فانها ترتب آثارا قانونية تميزها عما ترتبه الأعمال الأخرى من آثار . وأهم ما ترتبه الأحكام القضائية من آثار يتمثل فى أمرين :

الأول : حجية الأمر المقضى Autorité de la chose jugée (١١٨)

ويقصد بهذه الحجية ، احترام ما قضى به العمل القضائى ، الذى يمنع من المناقشة او المنازعة مرة أخرى حوله ، سواء من جانب الخصوم (اطراف العمل القضائى) أو من جانب القضاء بما فيه المحكمة التى أصدرت العمل القضائى (١١٩) . فالحجية القضائية ما هى الا فكرة

---

(١١٧) أنظر فى طبيعة اوامر الأداء . عبد الباسط جميعى ـ محمود هاشم . التنفيذ ص ١٤٩ وهامش ١ ، ٢ ، ص ١٥٠ والهوامش المشار اليها فى نفس الصفحة .

(١١٨) انظر رسالة الدكتور أحمد الصاوى : الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشىء المحكوم فيه ـ جامعة القاهرة سنة ١٩٧١ .

(١١٩) أنظر ابراهيم سعد . المرجع السابق ص ١٠٧ بند ٣٠ . أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٧٧ بند ٦٣٤ : فتحى والى ص ٢٦٧ بند ١١٤ . كيوفندا . نظم ص ٩٠٦ ، ٩٠٧ وما بعدهما . كوستا . المرافعات ص ٢٤٣ وما بعدها .

قانونية من خلق المشرع ، ليضمن بها احترام الأعمال القضائية حول ما قضت به . وقد قيل بأن حجية الأمر المقضى تعد قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، على أن الحكم صدر صحيحا من حيث الشكل ، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع ، ولا يقبل من ثم من الخصوم اثارة منازعات حول ما قضى به الحكم ولا حول صحته أو صحة الاجراءات التى أدت الى صدوره ، فهو عنوان الحقيقة ، وهو فى ذاته قرينة على صحته (١٢٠) .

وتتمتع بهذه الحجية جميع الأعمال القضائية المانحة للحماية ، سواء كانت حماية موضوعية ، أو حماية وقتية ، أو حماية تنفيذية مثل الأحكام التقريرية والمنشئة والالزام ، وكذلك أحكام القضاء الوقتى واحكام قضاء التنفيذ الصادرة فى المنازعات الموضوعية والوقتية حول الحق فى التنفيذ واجراءات مباشرته وهذه الحجية هى من أهم خصائص العمل القضائى .

ونكتفى بهذه الاشارة الموجزة حول الحجية القضائية فى هذا المجال ، على أن نعود الى دراستها بالتفصيل فى موضوعها المناسب .

الثانى : استنفاد القاضى لولايته فى النزاع (١٢١)

بصدور العمل القضائى من المحكمة فى مسالة من المسائل ، فان ذلك يستنفد سلطتها بالنسبة لها ، فلا يجوز العدول عما قضت به أو تعيد

---

(١٢٠) أنظر ، ابراهيم سعد ، الاشارة السابقة ، وانظر نص المادة ١٠١ من قانون الاثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والتى تقضى بأن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ... » .

(١٢١) أنظر بحث لنا بعنوان « استنفاد ولاية القاضى المدنى » — القاهرة ، ١٩٨٣ .

النظر فى هذه المسألة ، ولو كان ما قضت به باطلا (١٢٢) . وليس هناك من طريق لتصحيح ما شاب الحكم من عيوب الا الطعن فيه باحدى الطرق المناسبة من طرق الطعن المقررة فى القانون ، والمحددة حصرا .

أما الأعمال الأخرى الصادرة عن القضاء فى غير سلطته القضائية ، فلا نستنفد ولاية القاضى بالنسبة لها ، فيجوز له العدول عنها بالرجوع فيها ، وكذلك التعديل فيها دون معقب عليه فى هذا الخصوص (١٢٣) . وسوف نزيد الأمر تفصيلا فى مناسبة قادمة .

٤٧ ـ ٤ ـ عدم الغائها بدعوى مبتدأة :

لم يشأ المشرع ، أن يجعل العمل القضائى ، خاضعا لنفس الطريق الذى يتم به الغاء الأعمال القانونية الأخرى ، وهو دعوى مبتدأة بالبطلان ، وهى ما تسمى دعوى البطلان الأصلية .

فالعمل القضائى ، نظرا لما له من حجية قضائية ، وما يتم اتخاذه من اجراءات فى اصداره ، لا يجوز المطالبة بالغائه أو بطلانه عن طريق هذه الدعوى المبتدأة والتى ترفع بالاجراءات المعتادة أمام قضاء الموضوع سواء كان محل الشكوى هو عدالة الحكم أو صحته (١٢٤) ، كما لا يجوز المطالبة بذلك حتى عن طريق دفع يثار فى أثناء نظر دعوى قائمة أمام القضاء (١٢٥) . ولا يكون هناك من طريق لتصحيح ما يشوب الأعمال القضائية من أخطاء ، وما يعتورها من عيوب ، الا باحدى طرق الطعن المقررة قانونا ، وعلى الوجه وبالاجراءات المحددة فى القانون .

---

(١٢٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٨ . مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٢٣٧ . وفى هذا الحكم قضت محكمة النقض باستنفاد محكمة الاستئناف لولايتها باصدار حكمها دون أن تفصل فى طلب وقف تنفيذ الحكم المستأنف فيه .

(١٢٣) كوستا . المرافعات . بند ٥٥ ص ٧٩ ـ ٨٠ .

(١٢٤) أنظر فتحى والى . رسالته فى نظرية البطلان فى قانون المرافعات ص ٥٩٦ .

(١٢٥) ابراهيم سعد . المرجع السابق ص ١١١ ـ ١١٢ .

فاذا ما استنفد **العمل هذه الطرق** ، فانه يتحصن ضد الالغاء أو التعديل مهما كانت العيوب التى شابته . فقد أصبح بالفعل عنوانا للحقيقة ، حتى ولو كانت الحقيقة النسبية .

ما تقدم على عكس الأعمال الولائية ، فهى كما رأينا ، ليست أعمالا قضائية ، ومن ثم فهى لا تخضع لما تخضع له الأعمال القضائية من أحكام ، ولذلك فمن المقرر جواز رفع دعوى أصلية ببطلان عمل من الأعمال الولائية ، أو التمسك ببطلانه بدفع يثار فى خصومة موجودة أمام القضاء (١٢٦) .

تلك هى أهم الخصائص التى تميز الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق عن غيرها من الأعمال الأخرى الصادرة عن القضاء فى غير سلطته القضائية ، مثل الأعمال الولائية وأعمال الادارة القضائية . وجميع الأعمال القضائية بالمعنى الفنى تتمتع بكل هذه الخصائص ، أيا كان الشكل الذى تصدر فيه ، أى سواء كانت صادرة فى خصومة قضائية أو صادرة على عريضة وفى غير خصومة ، وبعبارة أخرى ، فان تلك الخصائص المميزة لكل من الأحكام القضائية الصادرة فى خصومة والأوامر الصادرة فى صورة أمر على عريضة مثل الأوامر الصادرة باستيفاء الديون الثابتة بالكتابة (أوامر الأداء) والاوامر القضائية الأخرى الفاصلة فى أصل الحق والفاصلة فى موضوع معين ، مثل الأوامر الصادرة بتقدير مصروفات الدعوى أو الرسوم القضائية ، او المقدرة لأتعاب الخبراء ومصاريف الشهود (١٢٧) .

---

(١٢٦) انظر فتحى والى . نظرية البطلان . المشار اليها ص ٦١٨ بند ١٤٢ . وقانون القضاء ص ٧٤ وهامش (٣) .

(١٢٧) أنظر هذه الأوامر وطبيعتها القانونية . عبد الباسط جميعى - محمود هاشم - المبادىء العامة للتنفيذ ١٩٧٩ ص ١٥٢ وما بعدها .

المبحث الثـــالث

صورة الحمـــاية القضـــائية

٤٨ - تقسيم :

انتهينا فيما سبق ، الى أن الوظيفة القضائية انما تتمثل فى حماية النظام القـــــانونى ، من العوارض التى تعترضه وتمنع سريانه ، فيتدخل القضاء ، بما له من سلطة فى ازالة هذا العارض أو المانع ، تسييرا للنظام القانونى .

ومن الطبيعى ، أن تتنوع وتتعدد صور الحماية القضائية ، بتنوع وتعدد العوارض التى تعترض سير النظام القانونى (١٢٨) .

وباستعراض العوارض التى تطرأ على النظام القانونى ، نجد أنهـا تتمثل فى ثلاثة عوارض ، الأمر الذى يؤدى الى تقسيم الحمـــــاية القضائية الى صور ثلاثة هى الحماية الموضوعية ، والحماية الوقتية ، والحماية التنفيذية . ويضيف البعض اليها صورة رابعة ، تتمثـــل فى القضاء الولائى ، الذى يواجه فى نظرهم عارضا آخر وهو ما يطلق عليه القصور القانونى الذى يشوب ارادة الفرد ، وتجعلها قاصرة عن رعاية المصلحة الخاصة والتى يحميها القانون (١٢٩) .

ولكننا لسنا من هذا الرأى ، ولا نرى فى الأعمال الولائيــــة ما يدخلها فى عداد الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق مثل الأحكام وأوامر الأداء ، ولذلك فلا تمثل هذه الأعمال فى نظرنا - وان كانت تصدر عن القضاء - صورة من صور الأعمال القضائية .

ونستعرض الآن فى عجالة سريعة صور الحماية القضائية :

---

(١٢٨) راجع وجدى راغب . مذكرات فى مبادىء القضاء المدنى ١٩٧٥ - ١٩٧٦ ص ٣٩ . **فتحى والى** - قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٣ ص ١٢٧ وما بعدها .

(١٢٩) راجع وجدى راغب . المرجع السابق ص ٧٤ وما بعـــدها . وميكيللى . المرافعات المدنية . الجزء الأول بند ٢٢ ص ٧٧ وما بعدها .

المطلب الأول

الحماية الموضوعية (القضاء الموضوعى)

٤٩ ـ ضرورته :

رأينا أن تحقيق الاستقرار القانونى ، يتطلب بالضرورة معرفة الأفراد لحقوقهم ومراكزهم القانونية ، معرفة أكيدة ، تمكنهم من ممارسة هذه الحقوق ، بالاستئثار بمنافعه على نحو لا لبس فيه ولا غموض . وترتيب سلوكهم وتصرفاتهم القانونية على ضوئها ، دون ما خوف أو قلق من نتائج هذه التصرفات مستقبلا .

واذا كان المفروض أن يتم ذلك بطريقة تلقائية من خلال نشاط الأفراد الأصيل ، ولكن ذلك ـ وان كان أملا من الآمال ـ لا يتحقق غالبا . فقد تحدث عوامل كثيرة واعتبارات متنوعة تؤدى الى تجهيل القانون، وقواعده بالنسبة لحالات خاصة معينة ، وبالتالى يحدث تعارض بين الرأى الذاتى (الفردى) مع رأى ذاتى آخر . من هنا لزم تدخل سلطة عامة لفرض الرأى الملزم للخصومة . والذى يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى الذى كان محلا للخلاف بين الادارات الذاتية. وبفرض هذا الرأى الملزم ، يتحقق الاستقرار القانونى عن طريق ازالة هذا التجهيل الذى طرأ على النظام القانونى فى خصوص واقعة معينة . ولا جدال فى أن القضاء يقوم بهذه المهمة ، بفرض الرأى القضائى الذى يزيل هذا التجهيل ، ويكون ملزما للخصوم . ولا شك فى أن هذا الرأى القضائى يكون الرأى الأكثر عدالة والأكثر فهما لقواعد القانون من تلك الآراء الذاتية للأفراد ، نظرا لما يحاط باصداره من ضمانات كثيرة : مثل صدوره عن هيئة متخصصة فى القانون (القاضى أو القضاة) والذين لا مصلحة لهم فى النزاع المعروض ، وكذلك صدوره بعد اتباع اجراءات التحقيق والاثبات والمرافعة ، وغير ذلك من الاجراءات التى

تستهدف عدم صدور الحكم الا بعد استيفائها ضمانا للوصول الى الرأى العادل (١٣٠) .

والرأى القضائى فى هذا الصدد هو ما يطلق عليه الحكم الذى يحقق الحماية الموضوعية ، ويتمتع لذلك بقوة الحقيقة القانونية أى حجية الأمر المقضى التى تمنع الخصوم من معاودة النزاع حول الموضوع الذى فصل فيه الحكم مرة أخرى ، وذلك حتى يتم الاستقرار القانونى المنشود عن طريق المعرفة الأكيدة للمراكز القانونية المجهلة . ويمثل الحكم القضائى فى هذه الحالة الصورة الأولى للحماية القضائية . ويتدخل القضاء عن طريق الحكم القضائى الموضوعى لمجرد ازالة هذا العارض ، أى ازالة التجهيل الذى تم بالنسبة للمركز القانونى ، فلا يتعداه الى احداث التوافق الفعلى بين الواقع والقانون . فهذه هى مهمة التنفيذ القضائى .

٥٠ ـ صور القضاء الموضوعى :

وللقضاء الموضوعى صور متعددة ، اذ يصدر عنه أنواع ثلاثة من الأحكام هى :

٥١ ـ ١ ـ الحكم التقريرى :

وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الفرنسى jugement declaratoire وفى الاصطلاح الايطالى Sentenza di mero accertamento . ويقصد به الحكم الذى يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى أو واقعة معينة ، مزيلا بذلك الشك القائم حول هذا الوجود (١٣١) دون

---

(١٣٠) أنظر وجدى راغب ـ رسالة ص ١٠٠ .

(١٣١) أنظر فى فكرة هذا الحكم زانزوكى ـ ج ١ بند ١٠ ص ١٣٤ وما بعدها . كيوفندا ـ نظم ج ١ بند ٥٩ ص ١٨١ ، مبادىء ص ١٦٥ وما بعدها . كوستا بند ٢٦ ص ٣٦ ـ ٣٩ ، ليبمان ـ موجز ـ ج ١ ص ٦٢ بند ٢٣ . سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ٢٢٣ . فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٣٢ . وجدى راغب مبادىء القضاء المدنى ١٩٨٧ ص ٤٨ .

الحكم بالزام المحكوم عليه بأداء معين ، ودون احداث أى تغيير فى الحق أو المركز القانونى المدعى (١٣٢) . ويصدر الحكم - التقريرى فى دعوى تقريرية يستهدف بها رافعها الحصول على محرد حكم مؤكد لوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى معين . ومن امثلة هذه الدعوى ، دعوى براءة ذمة شخص ضد من يشكك فى براءتها . وكذلك دعوى اثبات صفة الوراثة فى شخص ضد من يشكك فيها . ودعوى اثبات النسب ودعاوى الحقوق العينية ، تقريرا أو فقها ، ودعاوى بطلان العقود أو التصرفات ، فالأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى تعد أحكاما تقريرية (١٣٣) ، اذ أنها تقف عند حد تأكيد وجود أو نفى وجود حق أو مركز قانونى معين ، دون أن تحدث تغييرا فيه ، أو تلزم أحدا بأداء معين. وبه نتحقق الحماية القضائية . فهذا التقرير هدف فى ذاته لهذه الاحكام ، بل هو الهدف الوحيد لها (١٣٤) . وبه تتحقق الحماية القضائية .

واذا كان القانون المصرى لم يتضمن نصا عاما يقرر صراحة قبول الدعوى التقريرية ، فليس معنى ذلك أن هذه الدعوى غير مقبولة فى قانوننا . اذ أن قبول هذه الدعوى قد اصبح أمرا يستعصى على الانكار (١٣٥) .

ويمثل الحكم الصادر فى الدعوى التقريرية ، اصلية كانت أم فرعية ، ايجابية كانت أم سلبية ، الصورة النموذجية البحتة للقضاء

---

(١٣٢) وجدى راغب - الاشارة السابقة .

(١٣٣) انظر - ليبمان - وجيز - الاشارة السابقة ص ٦٢ - ٦٣ وانظر فى المتطور التاريخى لفكرة الدعوى التقريرية - كيوفندا - نظم ج ١ بند ٥٩ - ص ١٦٢ وما بعدها فتحى والى - الوسيط ص ١٣٣ وما بعدها .

(١٣٤) أنظر كوستا - وجيز بند ٢٦ ص ٣٧ - ليبمان وجيز ج ١ بند ٢٣ . كيوفندا نظم - ص ١٨٢ بند ٥٩ .

(١٣٥) أنظر كوستا - الاشارة السابقة . كيوفندا - الاشارة السابقة . سوليس وبيرو بند ٢٣٣ . فتحى والى - الوسيط ص ١٣٥ . وجدى راغب - رسالة ص ٢٥٥ وانظر حمدى عبد الرحمن - رسالة بالفرنسية فى الدعاوى الوقائية les actions preventives منشورة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١٤ ص ٩٤ - ٩٥ . وانظر عكس ذلك موريل ص ٤٢ .

الموضوعى (١٣٦) ، اذ أن دوره ينحصر فى تحقيق اليقين القانونى الذى يقتضيه سريان النظام القانونى . ونتيجة لذلك فان الحكم التقريرى يحوز قوة الحقيقة القانونية بالنسبة لما يؤكد وجوده أو نفيه ، أى يحوز حجية الأمر المقضى Cosa giudicata ، المانعة من تجديد المناقشة أو المنازعة أو التشكيك حول ما أكده الحكم من وجود أو نفى حق أو مركز قانونى أو واقعة معينة . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الحكم التقريرى يحقق وظيفته بمجرد صدوره ، محققا الحماية القضائية المطلوبة تحقيقا كاملا ، ولذلك فلا يعتبر سندا تنفيذيا (١٣٧) نظرا لأنه لا يتضمن الزام أحد بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى . وعليه ان أراد الخصم الحصول على حقه الذى أكده الحكم التقريرى أو نفاه ، فعليه رفع دعوى الزام خصمه الآخر ـ استنادا الى هذا الحكم ، بتنفيذ ما أكده أو نفاه الحكم التقريرى .

٥٢ ـ ٢ ـ حكم الالزام :

وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى Jugement de condamnation وفى الفقه الايطالى يعرف بـ Sentenza di condanna . ويقصد به الحكم الذى يقضى بالزام المحكوم عليه بأداء معين يمكن تنفيذه جبريا (١٣٨) ويصدر هذا الحكم فى دعوى الزام . وبعد حكم الالزام الأكثر شيوعا فى العمل (١٣٩) ، اذ قلما يكتفى المدعى فى دعواه بمجرد المطالبة بتقرير حقه أو مركزه القانونى ، وانما يطلب فضلا عن ذلك الحكم بالزام المدعى عليه بأداء معين ، كان قد امتنع عن أدائه (١٤٠) .

---

(١٣٦) وجدى راغب ـ المرجع السابق ص ٥٠ .

(١٣٧) كيوفندا ـ نظم ١٨١ بند ٥٩ ميكيلى ج ١ بند ١٣ . اجوروكو ـ المطول ٢٥ ص ١٤٠ ـ ١٤١ وجدى راغب ـ مبادىء ص ٥١ ـ فتحى والى ص ١٤٠ .

(١٣٨) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٤٥ . كيوفندا ـ مبادىء ص ١٧٥ .

(١٣٩) كوستا بند ٢٢ ص ٣٢ . ليبمان موجز بند ٢٤ ص ٦٤ . كيوفندا ـ مبادىء ص ١٥٧ . فتحى والى ـ الوسيط ص ١٤٥ .

(١٤٠) ميكيلى بند ١٤ ص ٤٨ . فتحى والى ـ الاشارة السابقة .

فلا يكتفى الدائن مثلا فى دعواه على مجرد طلب تقرير مديونيته فى ذمة مدينه ، وانما يطلب الحكم بالزام المدين بدفع مبلغ معين هو قيمة اندين الملتزم بالوفاء به . وكذلك طلب الزام المحكوم عليه باخلاء مسكن أو تسليم منقول أو هدم أو اقامة حائط .

ولا شك أن حكم الالزام يعتبر صورة من صور القضاء الموضوعى ، اذ أنه يحقق اليقين القانونى للحق أو المركز القانونى محل الادعاء ، وهو لذلك يرتب حجية الأمر المقضى مثله مثل الحكم التقريرى ، ولكنه يختلف عنه فى أن حكم الالزام هو الحكم الوحيد الذى يعترف له المشرع بقوته التنفيذية ، ولذلك فهو يعد سندا تنفيذيا (١٤١) . ونظرا لذلك فقد كان حكم الالزام محلا للخلاف الفقهى حول طبيعته وتكوينه (١٤٢) . فمنهم من ذهب الى أنه يتضمن فضلا عن تقرير الحق أو المركز القانونى أمرا من القضاء بالزام المحكوم عليه بأداء معين ، وهو أمر محدد موجه الى المحكوم عليه بالوفاء بالتزامه (١٤٣) وأما امر الى موظف الدولة المكلف بالتنفيذ (١٤٤) . ومن الفقهاء من ذهب الى أن ما يميز حكم الالزام انما تحويله لالتزام المدين من التزام يتوقف أداؤه على تدخل المدين الى مجرد خضوعه

---

(١٤١) انظر ليبمان . الاشارة السابقة . كوستا - الاشارة السابقة - محمود هاشم الموجز ص ٣١ وكذلك القواعد العامة للتنفيذ القضائى سنة ١٩٨٠ ص ٤٥ . كيش وفنسان . طرق التنفيذ سنة ١٩٧٠ ص ٣٣ بند ٢٣ .

(١٤٢) انظر عرضا لهذا الخلاف بالتفصيل . محمود هاشم القواعد العامة للتنفيذ القضائى ص ٤٥ - ٤٩ فتحى والى - الوسيط ص ١٤٦ وما بعدها .

(١٤٣) روكو الفريد - الحكم المدنى - ص ١٤٨ . روكوارجو - ج ٢ ص ٢٤١ بند ٢ . قارن كيوفندا مبادىء ص ١٥٧ .

(١٤٤) زانزوكى - ج ١ ص ١٤٠ بند ١٦ . ياجرا محاضرات فى قانون الاجراءات المدنية ج ١ ص ١٥٣ بند ٢٤ ص ١٧٠ . كيوفندا ص ١٥٧ مبادىء . وانظر فى نقد هذا الرأى فتحى والى - الوسيط .

soggizione لقـــوة الســـــلطة العامة (١٤٥) . ومن الفقهـــاء من ذهب الى أن حكم الالزام لا يفترق عن أى حكم آخر بالنســـــبة لتركيبه ، فهو قضاء موضوعى قبل غيره من الأحكام ، ولكن يتميز عنهم بمحله الذى يجعله قابلا للتنفيذ الجبرى .

وأيا ما كان الرأى فى طبيعة حكم الالزام ، فان هذه الآراء انمـــا تؤكد حقيقة واحدة ، وهى أن حكم الالزام انما يتميز عن غيره بأمر معين هو قابليته للتنفيذ الجبرى . فهو يؤكد وجود حق أو مركز قانونى ، وثم يجيز اتخاذ مجموعة أخرى من الاجراءات يجب اتخاذها لرد العدوان الواقع على الحق المؤكد من قبل الحكم ، حتى يمكن حمايته حمـــاية قضائية كاملة (١٤٦) .

٥٣ ـ آثار حكم الالزام :

يحوز حكم الالزام باعتباره قضاء موضوعيا حجيـة الأمر المقضى بالاضافة الى صلاحيتـــــه للتنفيـــــذ الجبرى وذلك متى توافرت فيه الشرائط الأخرى الواجب توافرها فى السندات التنفيذية . كما أن حكم الالزام يخول المحكوم له مكنة الحصول على حق اختصاص على عقـــار مدينه ، وهو عبارة عن تأمين عينى للوفاء بالدين (م ١٨٠٥ مدنى) وأخيرا يغير حكم الالزام من مدة التقادم المسقطة للحق ويجعلها مدة التقادم العامة وهى ١٥ سنة ، ولو كانت مدة التقادم التى كان خاضعا لها الحق الذى أكده الحكم أقل من ذلك .

---

(١٤٥) وهذا هو رأى الأستاذ كلامندريه

Calamandrei, la condanna, in studi sul processo civile, III padova 1934 p. 179.

وأنظر عرض هذا الرأى ونقده فتحى والى ـ التنفيذ الجبرى ـ الطبعــة الثانية ص ٤٢ . وانظر تأييد هذا الرأى كوستا ص ٣٤ .

(١٤٦) أنظر محمود هاشم فى القواعد العامة ص ٤٨ ـ ٤٩ .

٥٤ ـ ٣ ـ الحكم المنشىء :

وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الفرنسى jugement constitutif وفى الاصطلاح الايطـــالى sen'enza constitutiva وهـــو الذى يحدث تغييرا فى الحق أو المركز القانونى ، اما بانشاء حق أو مركز قانونى لم يكن موجودا قبل صدوره ، أو بتعديل أو انهاء حق أو مركز قانونى كان موجودا قبل ذلك (١٤٧) . ويصدر الحكم المنشىء فى دعوى منشئة ، ومثال الأحكام المنشئة ، الحكم الصادر بالشـــفعة ، أو بتعديل الالتزام التعاقدى بسبب الغبن أو الظروف الطارئة ، وكذلك الحكم الصادر بالتطليق أو فسخ العقد .

ويتفق الحكم المنشىء والحكم التقريرى فى أن كليهما يقوم بمهمة تقريرية لحق أو مركز قانونى سابق ، ولكن يتميز الحكم المنشىء بأنه يحدث تغييرا فى المركز السابق ومن ثم ينتج آثارا قانونية جديدة . ومن هذا يتضح أن الحكم المنشىء انما يقوم هو الآخر بدور ما فى تحقيق اليقين القـــانونى بتأكيده للحق أو المركز القـــانونى بعد ازالة الشكوك التى ثارت حولهما . الا أن الحق الذى يقرره الحكم المنشىء يختلف عن ذلك الذى يؤكده الحكم التقريرى . اذ أن محل الحـــكم الأول انما يدخل فى طائفة الحقـــوق الارادية Diritti potestativi وهذه الحقوق انما تخول أصحابها الحق فى احداث تغيير معين ، اذا ما توافرت الشرائط التى يتطلبها القانون لاحداث التغيير المطلوب ، واذا كان المشرع كقاعدة يعترف لارادة الأفراد بالقـــدرة على ترتيب آثار قانونية معينة ، فانه فى حالات معينة يخرج ، لاعتبارات خاصة ، ويقرر عدم قدرة الارادة الفردية على احداث هذا التغيير ، اما لعجـــز هذه الارادة ، واما حماية لمصلحة عامة ـ ويتطلب لاحداث هـــذا التغيير تدخل يحدث مقدما من جانب القضاء للتـــأكد من شرعية

---

(١٤٧) كوستا ـ المرافعات ص ٤٠ بند ٢٧ . زانزوكى جـ ١ ص ١٤٥ بند ٢١ . وانظر فى فكرة الحكم المنشىء كيوفندا نظم ـ جـ ١ ص ١٦٩ بند ٥٢ وما بعدها . محمود هاشم ـ القواعد العامة للتنفيذ ص ٤٣ والموجز ص ٣٢ ، فتحى والى ـ الوسيط ص ١٤١ وما بعدها . وجدى راغب ـ مبادىء ص ٥٤ وما بعدها .

هذه الحقوق الارادية ، والتأكد من توافر الشرائط الشكلية والموضوعية لقيامها (١٤٨) . فيتدخل القضاء - بناء على طلب صاحب الحق الارادى فى التغيير - لاحداث التغيير المطلوب ، اما بانشاء حق أو مركز موضوعى لم يكن موجودا ، أو بتعديل أو انهاء حق أو مركز موضوعى قائم . ويترتب هذا الأثر لصاحب الحق الارادى فى مواجهة الطرف السلبى دون أن يلتزم الأخير بأداء معين ، وانما يخضع لهذا الأثر خضوعا لا يتطلب تدخله (١٤٩) .

وقد ثار الجدل الفقهى العنيف حول طبيعة هذا الحكم الى الحد الذى انكر الكثيرون وجوده على اعتبار أن الأحكام القضائية كاشفة للحقوق ومقررة لها ، وليست منشئة لها . الا أننا ، ومع عدم الدخول فى تفاصيل هذا الخلاف الفقهى - نقرر أن وجود الأحكام المنشئة فى حياتنا القانونية قد أضحى حقيقة مؤكدة يصعب انكارها ، خصوصا بعد أن كشف الفقه الحديث عن فكرة الحق الارادى الذى يعترف به القانون للأفراد لاحداث تغيير ما فى مركز قانونى .

ولما كان الحكم المنشىء يقوم بمهمة تقريرية فى تاكيد الحق الارادى فى احداث التغيير ، فانه بذلك يدخل صورة من صور القضاء الموضوعى ومن ثم يرتب حجية الأمر المقضى . هذا ومن ناحية أخرى فان الحكم وقد أحدث تغييرا ما لم يكن موجودا قبل صدوره ، فان هذا التغيير يتم فور صدور الحكم وليس قبل ذلك ، فلا يكون له أثر رجعى الا اذا نص المشرع صراحة على اعمال هذا الأثر المنشىء لا من وقت صدور الحكم ولكن من تاريخ سابق عليه .

والحكم المنشىء مثله فى ذلك مثل الحكم التقريرى لا يصلح لأن يكون سند تنفيذى وذلك على عكس حكم الالزام .

---

(١٤٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . والتنفيذ ص ٢٣٦ وما بعدها .
(١٤٩) فتحى والى - التنفيذ ص ٢٣٦ وما بعدها .

المبحث الثـــانى

القضاء الوقتى (المســتعجل)

٥٥ ـ الحديث عن القضاء الوقتى ، والذى يمثل القضـــــاء المستعجل فيه الصورة الرئيسية تقتضى منا البدء بتحديد مفهوم هـــذا القضاء . ثم الشروط اللازمة للحصول على حمايته ، وأخيرا لاجراءات الحصول على هذه الحماية وسلطته .

المطلب الأول

مفهوم القضاء الوقتى ومضمونه

٥٦ ـ ضرورة القضاء الوقتى :

ينظم المشرع من بين ما ينظمه من صور الحماية القضائية ، الحماية الوقتية للحقوق والمراكز القانونية . اذ من شان هذه الحماية تأمين النظام القانونى من خطر التاخير فى نفاذه الفعلى فى الواقع الاجتماعى ، أى من خطر التأخير فى تحقيق القانون .

فنشاط القاضى ، والمتمثل فى تحقيق الدعوى ، والفصل فى طلبات الخصوم ، واصدار الحكم الموضوعى ، وتنفيـــذه والذى يتحقق به القانون ، كثيرا ما يستغرق وقتا ، قد يطول ، نظرا لأهمية المصلحــة محل الادعاء ، وبطء اجراءات التقاضى وتعقدها ، الأمر الذى قـــد تضار معه مصالح الخصوم بسبب التاخير باضرار قد يتعذر تداركهـــا أو تلافيها حتى اذا ما صدر الحكم الموضوعى بعد ذلك (١٥٠) . فقد

---

(١٥٠) محمود هاشم ـ قانون القضاء المدنى ، ١٩٨١ ، جـ ١ ، ص ١١٥ وما بعدها ، ابراهيم سعد ، ص ٣٦٧ ، فتحى والى ـ الوسيط ص ١٥١ . وانظر فى فكرة القضـــــاء الوقتى عموما ، وجدى راغب نحـــو فكـــرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ ع ١ ص ٢٤٥ ـ محمد على راتب ، نصر الدين كامل ، محمد

-

يتعذر تنفيذ هذا الحكم بعد ذلك بسبب هلاك المال محـــل المنازعة ، أو نقص الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، اما لاخفائها أو تهريبها . ومن هنا تظهر أهمية القضاء الوقتى ودوره فى منع حدوث هذه الأضرار بالمصالح التى يحتمل أن يحميها القانون ، عن طريق اتخاذ تدابير وقتية وسريعة لحمايتها ، مثل وضع المال تحت الحراسة ، أو منع نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن ، بالحجز التحفظى على أمواله ، أو الحكم بنفقة وقتية لمن لا يستطيع الانتظار حتى تمام الحـــكم فى دعوى المسئولية ، أو اثبات واقعة يخشى زوال وضياع معالمها . وذلك كله حتى تمام الحصول على الحماية الموضوعية بالاجراءات المعتادة أو لتأكيد فاعلية هذه الحماية (١٥١) .

ويمثل القضاء المستعجل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى ، اذ تنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة والتى يخشى عليها من فوات الوقت » .

=

فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ـ الطبعة السابعة ، ١٩٨٥ ، عالم الكتب ، أمنية النمر ، مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة ـ رسالة ـ طبعة ١٩٧٤ ، محمد عبد اللطيف ـ القضاء المستعجل ـ ط ٤ ، ١٩٧٧ ، كيوفندا مبادىء ص ٢٢٥ . كوستا بند ٤٢ ص ٥٦ . زانزوكى جـ ١ ص ١٦٤ بند ١٣٨ .

Allorio per una nozione del processo cautelare. riv dir. proc. 1936 I. p. 18

— CEZAR-BRU, Hébraud, Seignolle et ODUI. Juridiction De président du Tribunal, T. I. Des Référés 1978.

Calamandrei, introduzione allo studio sistemantico di prouvedimenti cautelari, 1936. Bertin ph. Référt civile, Répretoire de Droit procedure civile 2o éd, 1983 T. III mise a Jour Vimcent et Guinchard op cit, No. 135 p. 175 et suw.

(١٥١) أنظر محمود هاشم ـ المرجع السابق ص ١١٨ هامش ٣٢٢ .

والقضاء الوقتى يمثل بذلك نشاطا قضائيا ، يعمل بالقانون ، على ازالة عارض من عوارض النظام القانونى وهو الخطر من التأخير . ويتحدد دوره بفكرة الخطر من التأخير فى الحصـــول على الحمـــاية القانونية . فعلة القضاء الوقتى تنحصر فى استحالة الحصول الفـورى على الحماية الموضـــوعية والتنفيـــذية الكاملة للحق أو المركز القانونى (١٥٢) .

٥٧ ـ مضمون القضاء الوقتى :

تتحقق الحماية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية أو الوقتية من شأنها ضمان تحقيق الحمـــاية القانونية الكاملة للحق أو المركز القـــانونى . وهذه التدابير هى التى تمثل مضـــمون القضاء الوقتى .

١ ـ التدابير التحفظية :

وهى الوسائل التى تهدف الى المحافظة على الحماية الكاملة للحق أو المركز القانونى ، وبعبارة أخرى تلك التى تحافظ على الامكانيـــة العملية لتنفيذ الحق وتحقيقه فى المستقبل (١٥٣) . فالمصـــلحة فى اتخاذ هذه الوسائل تتمثل فى الخوف من احتمال عدم امكان تنفيذ الحق مستقبلا عند الحصول على الحماية الموضوعية ، ومثال هـــذه التدابير القرارات الخاصة بفرض الحراسة القضائية على الأموال المتنازع عليها (١٥٤) ، والأحكام الخاصة بالحجوز التحفظية ، وكذلك الأحكام

---

(١٥٢) زانزوكى ـ ج ١ ص ١٥٤ بند ٣٨ .

(١٥٣) زانزوكى ـ الاشارة السابقة ، وجدى راغب ـ مقالة ص ١٩٨ . ابراهيم سعد ص ٣٦٩ وانظر لييمان ـ موجز ـ ١ ص ٩١ بند ٣٦ ومقالة له منشورة فى مجلة المرافعات الايطالية

liebman. Unità del procedimento cautelare. R. D. Proc. 1954, I P. 248 publicate nel suo volume in problemi del processo civile 1962 p. 104 — 101.

(١٥٤) Fenauy H. Sequestre. Rep. dr. proc. civ. 2e éd. 1983. Vo Seepuestre.

الصادرة فى دعاوى الأدلة مثل سماع الشاهد واثبات الحالة . وجدير بالذكر أن هذه التدابير لا تؤدى الى اشباع فورى لمصلحة طالب الحماية كتلك التى تؤديها التدابير الوقتية (١٥٥) .

٢ ـ التدابير الوقتية : mesures provisoires

وهى تلك التى يطلق عليها التدابير المعجلة (١٥٦) mesures urgentes وهى التى تؤدى الى اشباع فورى لمصلحة الطالب لا يتسنى اشباعها بالطرق العادية بسبب الوقت الذى تستغرقه . فهى تهدف الى حماية الحق حماية وقتية ثم يتم تحقيقها كاملة بعد ذلك . ولذلك قيل بأن الحماية الوقتية تحل مؤقتا محل الحماية القضائية التنفيذية . ومن أمثلة التدابير المعجلة ، القرارات الصادرة بفرض نفقة وقتية للمدعى لحين الفصل فى دعوى النفقة الموضوعية . وكذلك التعويض المؤقت لحين تمام الفصل فى دعوى المسئولية والحكم بطرد المستأجر بصفة مؤقتة او وقف تنفيذ الحكم مؤقتا أو دعوى وقف الأعمال الجديدة .

٥٨ ـ خصائص القضاء الوقتى :

والقضاء الوقتى يعد صورة قائمة بذاتها ومتميزة من صور الحماية القضائية ، وبالتالى فان أداته أى أعماله ، تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، اذ أن هذا القضاء تنحصر غايته فى تحقيق القانون عن طريق حماية الحقوق والمراكز القانونية من خطر فوات حمايتها حماية موضوعية (١٥٧) .

---

(١٥٥) وجدى راغب الاشارة السابقة .

(١٥٦) وجدى راغب ـ الاشارة السابقة . مبادىء ص ١٥٦ .

(١٥٧) أنظر كيوفندا مبادىء ص ٢٢٥ . زانزوكى ص ١٦٥ بند ٣٨ . ليبمان ـ موجز ص ٩٠ بند ٣٦ . وانظر كذلك كوستا ـ بند ٤٢ ص ٥٦ ـ ٥٧ . وذلك على عكس ما ذهب اليه الفتيه الوريو فى مقالته المشار اليها من انكار استقلال القضاء الوقتى ، وأن الاجراءات فى نظره نوعان اجراءات التحقيق cognézione واجراءات التنفيذ esecuzione . أما ما يسمى بالاجراءات الاحتياطية Cautelare فلا تمثل صورة ثالثة ، وانما هى عبارة عن حق موضوعى احتياطى . أنظر عرض هذا الرأى ونقده (وجدى راغب ـ رسالة ص ١١٠ وما بعدها . مقالة نحو فكرة عامة ص ١٨٥ وما بعدها) .

- ويباشر القضاء الوقتى كقاعدة باجراءات أصلية أمام محـــاكم الأمور المستعجلة ، تختلف عن تلك التى تباشر أمام القضاء الموضوعى ، فضلا عن اختلاف القواعد التى يخضع لها القضاء الوقتى عن تلك التى يخضع لها القضاء الموضوعى . ولهذا يتميز القضاء الوقتى بالخصائص التالية : .

- يباشر القضاء الوقتى بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعى ، فالدعوى الوقتية تعد دعوى قائمة بذاتها غير تابعة للحق الموضوعى ، فهى دعـــوى مجـــردة mera azione (١٥٨) تباشر فى وقت لم يعرف فيه ما اذا كان الحق الموضوعى موجودا أم لا ومن هنا تســـتقل الدعوى الوقتيـــة فى شرائطها عن تلك المحـــددة بالنسبة للدعوى الموضوعية (١٥٩) .

- ان وظيفة القضاء الوقتى ، انما هى وظيفة وقتية مســاعدة ausiliaria Sussidiaria (١٦٠) ، تمنـــح لضـــمان تحقيـــق الحماية النهائية الموضوعية ، سواء كانت الدعوى الموضوعيـــة قـــد رفعت بالفعل ، أم لا . ولكن ينتظر رفعها مستقبلا . وبالتالى فان رفعت الدعوى الموضوعية وانتهت وحققت هدفها ، فلا يكون للدعـــوى الوقتية محل . كما يتوقف أثر الدعوى الوقتية على الفصل فى الدعوى الموضوعية . فالحكم بالحراسة ينتهى بصدور الحكم فى دعـــوى الملكية ، كما ان الحكم الوقتى لا يقيد محكمة الموضوع ولا القاضى الوقتى ذاته (اذا ما تغيرت الظـــروف التى صـــدر فيها الحـــكم الوقتى) (١٦١) .

---

(١٥٨) كيوفندا - المرجع السابق ص ٢٢٦ . زانزوكى - الاشارة السابقة . وجدى راغب مقالة ص ١٧٧ - ١٧٨ . ميكيلى - ص ٦٩ بند ٢٠ . فتحى والى - الوسيط ص ١٥٢ .

(١٥٩) فتحى والى - الوسيط - الاشارة السابقة .

(١٦٠) ليبمان - موجز ص ٩١ ج ١ . كارنيلوتى نظم ج ١ ص ٤٤ .

(١٦١) رمزى سيف ص ٢٣٨ - العشماوى ص ٢٤٢ .

- يتميز القضاء الوقتى ثالثا بأنه يباشر باجراءات متنوعة تتميز بأنها فى مجموعها اجراءات مبسطة وبمواعيد مختصرة ، عن تلك المتطلبة أمام القضاء الموضوعى . فضلا عن أن المشرع انما يعترف للأحكام الوقتية بقوتها التنفيذية المعجلة بقوة القانون وبغير كفالة (٢٨٩ مرافعات) فلا يلزم أن يحكم القاضى الوقتى بشمولها بالنفاذ المعجل .

٥٩ - صور القضاء الوقتى :

يعد القضاء المستعجل الصورة النموذجية العامة للقضاء الوقتى ، والذى يباشر باجراءات أصلية ، بدعاوى وقتية ترفع ابتداء الى قاضى الأمور المستعجلة ، الذى يحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت (م ٤٥ مرافعات) والحكم الصادر فى هذه الدعاوى يكون حكما وقتيا . غير أن القضاء المستعجل ليس هو الصورة الوحيدة للقضاء الوقتى ، اذ ينص المشرع على أحكام وقتية تصدر من غير هذا القاضى - فقد يباشر القضاء الوقتى باجراءات فرعية أمام القضاء الموضوعى ، بمناسبة دعوى موضوعية مرفوعة اليه وقبل الفصل فيها ، وفى هذه الحالة يكون الحكم الصادر عن هذا القضاء الموضوعى فى هذه الاجراءات الفرعية ، حكما وقتيا كذلك . فلا يعتبر اجراء من اجراءات الخصومة الموضوعية ، وانما هو عمل قائم بذاته متميز من حيث طبيعته (١٦٢) .

ويعتبر قاضى التنفيذ قاضيا للأمور المستعجلة بالنسبة لاشكالات التنفيذ أو منازعات التنفيذ الوقتية التى يختص بها دون غيره (٢٧٥ مرافعات) .

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الوقتى ليس الا صورة من صور الحماية القضائية ، وأن الأحكام الصادرة عنه تعد احكاما قضائية بالمعنى الفنى الدقيق ، ترتب الآثار التى ترتبها أحكام القضاء كافة .

---

(١٦٢) وجدى راغب - رسالة - ص ١١١ - ١١٢ . ويدخل فى هذه الطائفة طلبات وقف التنفيذ التى ترفع أمام محاكم الطعن العادية وغير العادية .

المطلب الثـــانى

شروط منح الحماية الوقتية

٦٠ ـ نوعان من الشروط :

للحصول على حماية القضاء الوقتى للحقوق والمراكز القانونيـــة المهددة ، يجب توافر طائفتان من الشروط : أن يكون القضاء الوقتى مختصا ، وأن تقبل الدعوى أمامه . ولهذا ينقسم هذا المطلب الى فرعين : نبين فى الأول شروط اختصاص القضاء المستعجل ، وفى الثانى شروط قبول الدعوى الوقتية .

الفـــــرع الأول

شروط الاختصاص بنظر الدعوى المستعجلة

٦١ ـ المقصود بها :

نقصد بشرط الاختصاص بنظر الدعاوى المستعجلة ، تلك الشروط التى قررها المشرع حدودا لاختصاص القضاء المستعجل ، والتى ليس له تجاوزها ، وعليه وجوبا أن يحكم بعدم اختصـــــاصه (أو ولايته) بنظرها اذا انتفت هذه الشروط ، ولا تعدو هذه الشروط أن تكون شروطا فى الطلب أو الطلبات التى تكون موضوعا للدعاوى المستعجلة .

وكثيرا ما يخلط أغلب الفقه وأحكام القضاء بين شروط قبـــول الدعاوى المستعجلة وبين شروط اختصاص القضاء المستعجل . فيتحدثون عن اختصاص القاضى المستعجل ويحددونه بشرطين هما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، ويوجبون على القاضى المستعجل أن يحكم بعــــدم الاختصاص اذا انتفى هذان الشرطان ، أحدهما أو كلاهما . ثم يتحدثون

عن شروط قبول الدعوى المستعجلة . المصلحة والصفة وغيرها (١٦٣) ، وتارة يجعلون الاستعجال شرط لقبول الدعوى المستعجلة ، وتارة يجعلونه شرط لاختصاص القضاء المستعجل .

والواقع أن هناك فروقا كبيرة بين مسألة قبول الدعوى المستعجلة وبين مسالة الاختصاص بها . اذ أن بحث مسألة قبول الدعوى من عدمه انما ياتى فى مرحلة لاحقة على بحث مسالة الاختصاص بها . اذ أن بحث مسالة القبول تفترض لزوما أن تكون المحكمة مختصة بنظر هذه الدعوى . ومن ناحية أخرى ، فان ما يرتبه الحكم بعدم القبول يختلف عما يرتبه الحكم بعدم الاختصاص من آثار ، وأهمها التزام المحكمة التى تقرر عدم اختصاصها بنظر دعوى معينة بأن تحيل الدعوى الى الجهة ذات الولاية أو الى المحكمة المختصة (م ١١٠) . ومن المقرر سريان هذه المادة ـ كقاعدة ـ على القضاء المستعجل (١٦٤) . ولهذا وجب التفرقة بين شروط قبول الدعوى المستعجلة ، وبين شروط اختصاص القضاء المستعجل .

٦٢ ـ تحديد شروط الاختصاص بنظر الدعاوى المستعجلة :

رأينا فيما سبق ، أن هذه الشروط لا تعدو أن تكون شروطا فى الطلب المرفوعة به الدعوى المستعجلة ، وهى شروط ثلاثة : أن يكون الطلب داخلا فى ولاية القضاء المستعجل ، وأن يكون الطلب وقتيا ، وأخيرا ألا يكون متفق على التحكيم فيه . وذلك على التفصيل التالى :

---

(١٦٣) أنظر راتب ، كامل ، راتب ، ط ٧ ، جـ ١ ، ص ٥ بند ١ وما بعدهما ، وبند ٤٦ ص ٧٦ وما بعدها . هرجة ص ٦١ وما بعدها . قارن وجدى راغب مبادىء ص ٢٥٥ اذ يحدد شروط اختصاص القضاء المستعجل فى أن يكون المطلوب اجراء وقتيا وأن يكون هناك استعجال وأن يكون الحق راجحا . ثم تحفظ بالنسبة لشرط الاستعجال ورجحان الحق وقرر انهما فى حقيقتهما شرطان لقبول الدعوى ، ومن ثم فان الحكم الصادر بشأن انقضائهما هو حكم بعدم القبول أو الرفض (مبادىء ، ص ٢٦١) .

(١٦٤) راتب ، كامل ، راتب ، المرجع السابق ص ٩٦ وما بعدها بند ٥٨ . وجدى راغب ـ مبادىء ص ٢٦٠ ـ ٢٦١ .

٦٣ ـ ١ ـ أن يكون الطلب مما يدخل فى ولاية القضاء العادى

ومن ناحية ثانية ، يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر الطلب الوقتى ، ان يكون هذا الطلب مما يدخل فى ولاية القضاء العـــادى (المدنى) ، وذلك لأن القضاء المستعجل فرع من هذا القضاء ، وحيث يخرج الحق أو المركز الموضوعى المطلوب حمايته حماية وقتية ، عن ولاية القضاء المدنى ، فانه بالتالى يخرج عن ولاية القضاء المستعجل . وعلى ذلك لا يملك القضاء المستعجل أن يحكم باجراءات وقتية تتعلق بأعمال السيادة ، وان كان القضاء المستعجل يملك الفصل فى مدى تعلق الاجراء بعمل من أعمال الســـيادة من عدمه ، وذلك كله من فحص ظاهر المستندات . كما لا يملك القضاء المستعجل الأمر باجراءات وقتية تتصل بقرارات أو عقود ادارية ، او قرارات لجان ادارية ذات اختصـــــاص قضائى (١٦٥) .

٦٤ ـ ٢ ـ أن يكون الطلب وقتيا :

ويقصد بالطلب الوقتى أن يطلب المدعى فى دعواه الحكم له بتدبير من التدابير الوقتية التى تشكل مضمون القضاء الوقتى . وبعبارة اخرى أن يقتصر المدعى فى طلبه على الحكم باجراء وقتى لازم لدرء خطر محقق يهدد الحق أو المركز القانونى ، المطلوب حمايته ، ولو لم يتخذ هـــذا الاجراء الفورى العاجل . فان كان الطلب غير ذلك ، بان يهدف المدعى منه تقرير حق أو نفيه ، أو الزام المدعى عليه باداء معين يستحقه ، أو باحداث تغيير فى مركز قانونى معين ، فان هذا الطلب يعتبر طلبا موضوعيا يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل . حيث أن سلطة هذا القضاء تقتصر على الحماية الوقتية وتنحسر عن الحماية الموضوعية .

وهذا الشرط هو ما عبرت عنه المادة ٤٥ مرافعات بقولها « يندب .. ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة

---

(١٦٥) أنظر تفصيلا ـ راتب ـ كامل ـ راتب ـ ط ٧ ، بند ١٠٣ ، ص ١٤٩ وما بعده ، وهرجة ، ص ١١ وما بعدها .

التى يخشى عليها من فوات الوقت » . ويعبر الفقهاء عن هذا الشرط « بعدم المساس بأصل الحق » (١٦٦) .

وعدم المساس بأصل الحق ، وان اعتبر شرطا لاختصاص القضاء المستعجل ، فهو فى الوقت نفسه قيد على سلطة هذا القضاء (١٦٧) . وقد قضت محكمة النقض بأن اجابة الطلب الوقتى مرهون بعدم المساس باصل الحق ، حيث أن اختصاص القضاء المستعجل قاصر على الاجراءات الوقتية ، ولا يجوز الاتفاق على اسباغ اختصاص آخر له (١٦٨) . هذا وسوف نزيد هذه النقطة ايضاحا فيما بعد .

ومن المقرر أن القاضى المستعجل لا يقضى بعدم اختصاصه لمجرد أن الحكم بالاجراء الوقتى يقتضى بحثا يمس أصل الحق ، بل ان هذا القاضى مكلف ببحث منازعات الطرفين توصلا لتحديد اختصاصه ، والقاضى وان كان ممنوعا من الفصل فى أصل الحق ، فانه ليس محرما عليه فحص الموضوع فحصا ظاهريا من ظاهر المستندات ، حتى يتوصل الى القضاء فى الاجراء الوقتى المطلوب منه ، اجابة أو نفيا (١٦٩) .

---

(١٦٦) راتب ، كامل ، راتب - المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها . وجدى راغب - مقالة ص ٢٢٣ ، مبادىء ص ٢٥٥ . العشماوى ، ص ١٧٥ ، محمد حامد فهمى ، ص ١٥٣ ، فتحى والى ، الوسيط ص ١٥٧ ، ابراهيم سعد ، ص ٣٧٧ ، أحمد مسلم ، بند ٢٣٧ ، رمزى سيف ، بند ٢٠٧ ، يروليارد ص ١٥٨ ، موريل ، ص ١٩٨ ، جابيو ، ص ٥٩٩ .

(١٦٧) عبد الباسط جميعى . نظرية الاختصاص ، ص ١٢٦ ، قارن وجدى راغب الذى يقرر أن عدم المساس بأصل الحق يمثل الجانب السلبى من الشرط وهو منع القاضى المستعجل من التعمق فى بحث الأدلة أو تفسير المستندات (مبادىء ، ص ٢٥٩) .

(١٦٨) نقض ١٩٨٧/١/٨ فى الطعنين ١٥٧٠ ، ١٥٧٣ لسنة ٥٢ ق . مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٩ - ١٩٧٨/١١/١٨ - المجموعة ، س ٢٩ ، ص ١٧١٣ .

(١٦٩) راتب - كامل - راتب ، المرجع السابق ، بند ٢١ ص ٣٦ وما بعدها . وقد استقر قضاء النقض على أن « قاضى الأمور المستعجلة ليس ممنوعا من بحث مستندات الطرفين ليستخلص منها ما يبدو للنظرة الأولى أنه وجه الصواب فى الاجراء المستعجل المطلوب مع بقاء اصل الحق سليما » (نقض ١٩٥٣/٥/١٤ ، س ٤ ، ص ١٠١٢ ، ١٩٥٢/٦/٥ ، س ٣ ، ص ١٢٩ .

ومن ناحية أخرى ، فان القاضى المستعجل يملك تحرير الطلبات فى الدعوى (١٧٠) فاذا طلب المدعى طلبا معينا ، فلا يتقيد القاضى المستعجل بهذا الطلب ، فله أن يقضى بغيره وفقا لما يراه محققا للحماية الوقتية ، بشرط ألا يضر ذلك بالخصم المحكوم عليه بأكثر من الضرر الذى يمكن أن يلحقه لو قضى القاضى بالاجراء المطلوب . ويرى البعض (١٧١) أن القاضى المستعجل يملك « تحوير الطلبات » ولو كانت طلبات موضوعية الى طلبات وقتية . ويتحفظ البعض على ذلك ، بأن القاضى المستعجل لا يملك ذلك الا اذا كان الطلب الموضوعى يحتوى ضمنا على طلب وقتى (١٧٢) .

هل يوجد فرق بين الطلب الوقتى والطلب المستعجل ؟

يفرق البعض بين وقتية الاجراء وبين الاستعجال ، ويرون استقلال كل منهما عن الآخر . حيث يكون الاجراء وقتيا ولكنه غير مستعجل ، فلا يدخل من ثم فى اختصاص القضاء المستعجل ، وقد يكون الاجراء وقتيا ولكن الفصل فيه يقتضى بحثا موضوعيا غير باد من ظاهر المستندات ، فيخرج من ثم عن اختصاص القضاء المستعجل (١٧٣) . ويضربون لذلك مثلا بطلب وقف الأعمال الجديدة أو طلب استرداد الحيازة ، الذى يعد طلبا وقتيا لأنه لا يفصل فى أصل الحق ولكنه ليس حكما مستعجلا رغم انه وقتى .

ورغم تقديرنا لهذا الرأى ، فاننا لا نسلم بوصف الحكم الصادر فى دعاوى الحيازة بانه حكم وقتى . اعتبارا بأن قاضى الحيازة لا يفصل

---

(١٧٠) عبد الباسط جميعى ، مبادىء ص ١٣١ - ١٣٢ ، فتحى والى . بند ٨٥ ، ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(١٧١) عبد الباسط جميعى ، الاشارة السابقة . نقض ١٩٥٨/٤/١٠ س ٩ ، ص ٢٦٨ .

(١٧٢) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٣٥٧ .

(١٧٣) راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، جـ ١ ، ص ٣١ ، ٣٢ بند ١٨ .

فى أصل الحق شأنه شأن قاضى الأمور الوقتية (١٧٤) . لأن دعاوى الحيازة تعد دعاوى موضوعية والحكم فيها يعتبر حكما موضوعيا ، حيث أنها تحمى الحيازة ـ كمركز ـ لذاتها ، مستقلة عن الحق ، وهى لذلك تدخل فى اختصاص القضاء الموضوعى . ولكن ليس هناك ما يمنع من رفع دعاوى حيازة وقتية ، مثل دعوى استرداد الحيازة المسلوبة ، اذا توافرت شروط الدعوى الوقتية فيها ، الى القضاء المستعجل (١٧٥).

وواقع الأمر أنه لا يوجد فرق بين وقتية الاجراء والاستعجال ، فالطلب الوقتى هو نفسه الطلب المستعجل . والدعوى المستعجلة هى ذاتها الدعوى الوقتية . غير أنه من الناحية الفنية البحتة ، تعد وقتية الاجراء شرط لاختصاص المحكمة بنظره وقيد على سلطتها بشأنه ، أما الاستعجال فهو شرط لقبول الدعوى أمام القضاء المستعجل ، والا انتفت المصلحة فى اللجوء الى هذا القضاء .

٦٥ ـ ٣ ـ عدم الاتفاق على التحكم :

تجيز الأنظمة كافة للأفراد الاتفاق على التحكيم (١٧٦) بشان نزاع معين بين الطرفين للفصل فيه بطريق التحكيم بدلا من المحكمة المختصة ، واختلف الرأى حول أثر هذا الاتفاق على سلطة القضاء ، وهل يؤدى قيامه الى عدم قبول الدعوى أمام المحاكم بشأن المنازعة المتفق على التحكيم فيها ؟ ، أم يؤدى ذلك الى عدم اختصاص المحاكم بنظر هذه الدعوى ، فذهب رأى الى أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحاكم ، وانما يمنعها من سماع الدعوى . ومن ثم يكون الدفع بوجود

---

(١٧٤) كما ذهب الى ذلك بالفعل كثير من الشراح ـ أبو الوفا ، ط ١٢ بند ١٦٨ ص ١٦٤ ، أمينة النمر ـ رسالة ، ص ١٧٦ . راتب وكامل وراتب ـ الاشارة السابقة . كيوفندا ـ المطول ، ص ٢٦٠ .

(١٧٥) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٥٣ ، وجدى راغب ـ مذكرات ص ١٧١ . راتب ، كامل ، راتب ص ٣٧٩ وما بعدها ، بند ٢١٠ .

(١٧٦) أنظر للمؤلف بحث بعنوان « اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء ١٩٨٥ » .

اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول وليس بعدم الاختصاص (١٧٧) . بينما ذهب الرأى الراجح الى القول بأن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص (١٧٨) . وذهب رأى آخر فى الفقه المصرى الى اعتبار هذا الدفع دفع بانتفاء ولاية القضاء (١٧٩) . وهذا هو رأينا .

وطالما أباح القانون للأفراد الاتفاق على عرض منازعات الحق على التحكيم بدلا من المحكمة المختصة ، فمن باب أولى يجيز لهم عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم بدلا من المحاكم (١٨٠) .

وعلى ذلك اذا وجد اتفاق على التحكيم بشأن عرض المنازعات الموضوعية والمستعجلة بخصوص نزاع معين بين الأفراد ، على التحكيم ، فمن الواجب احترام هذا الاتفاق ، ويجب على القاضى المستعجل أن يحكم بانتفاء ولايته بنظر الطلب الوقتى الذى اتفق على التحكيم بشأنه (١٨١) .

---

(١٧٧) احمد ابو الوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى ، ١٩٧٨ ، بند ٤٥ ، ص ١١٩ ، فتحى والى – الوسيط ، ص ٩٣١ ، امينة النمر – قوانين المرافعات ، ج ٣ ، ص ١٥٣ . وانظر فى عرض هذا الرأى ونقده ، محمود هاشم . اتفاق التحكيم ، ص ١٦٥ وما بعدها . نقض ١٩٧٦/١/٦ س ٢٧ ، ص ١٣٨ ، ١٩٧٥/٤/٣٠ ، س ٢٦ ، ص ٩٠٤

(١٧٨) وهذا هو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى وكذلك القضاء الفرنسى ؛ وجانب من الفقه الايطالى . راجع ذلك تفصيلا فى بحثنا المشار اليه ص ١٦٢ وما بعدها .

(١٧٩) د . محمود هاشم ، البحث المشار اليه ، ص ١٦٧ وما بعدها ، والأحكام المشار اليها فى هذه الصفحات .

(١٨٠) راتب ، كامل ، راتب ، المرجع السابق ، بند ٤٨ ص ٨٥ – ٨٦

(١٨١) راتب ، كامل ، راتب ؛ الاشارة السابقة ، أنظر تفصيلا فى جواز التحكيم فى المسائل المستعجلة ، بحثنا المشار اليه ص ٩٤ – ٩٥ .

الفــرع الثــانى

شروط قبول الدعوى الوقتية

٦٦ ـ تحـــديد :

اذا كان المشرع المصرى قد نظم ـ بنصوص خاصة ـ بعض الدعاوى الوقتية (المستعجلة) وهى الدعاوى المسماه ، أى التى أطلق المشرع عليها مسميات مختلفة ، مثل دعوى الحراسة (م ٧٢٩ مدنى) ، ودعوى سماع الشاهد (٩٦ اثبات) ، ودعوى اثبات الحالة (م ١٣٣ اثبات) واشكالات التنفيذ ، أى منازعات التنفيذ الوقتية (م ٣١٢ مرافعات) وغيرها (١٨٢) . فان ذلك لا يعد حصرا من المشرع للدعاوى المستعجلة ، حيث أن المشرع قد أورد تنظيما عاما للدعوى الوقتية أيا كانت مسمياتها ، وأيا كانت المحكمة التى ترفع اليها ، والتى يجب تطبيق هذا التنظيم بقواعده على كل دعوى وقتية لم يسمها المشرع أو يخصها بتنظيم خاص . اذ يعد هذا التنظيم بمثابة القواعد العامة للدعوى المستعجلة .

ويشترط لقبول الدعوى الوقتية ما يشترط لقبول الدعوى بصفة عامة ، سواء كانت شروطا ايجابية أم شروطا سلبية ، مع خلاف نوضحه فيما بعد .

أولا ـ الشروط الايجابية

٦٧ ـ **شرطان** : الشروط الايجابية هى تلك التى يجب توافرها حتى تقبل الدعوى ، هما شرطان : المصلحة والصفة :

---

(١٨٢) أنظر فى تفاصيل وشرح هذه الدعاوى المستعجلة المسماة ، اى تلك الدعاوى التى يكون موضوعها من المسائل المستعجلة بنص القانون. راتب ـ كامل ـ راتب ـ الطبعة السابعة ، ج ١ ص ٢٨٧ وما بعدها ، مصطفى هرجة ـ أحكام وآراء فى القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتى ١٩٨٦ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، ص ٧٥ وما بعدها .

أ ـ المصلحة فى الدعوى الوقتية

٦٨ ـ يجب لقبول الدعوى الوقتية أن يكون لرافعها مصلحة فى رفعها ، حيث لا دعوى بغير مصلحة ، وذلك تطبيقا للمادة الثالثة من قانون المرافعات . والمصلحة هى الفائدة العملية التى تعود على رافع الدعوى من الحكم له بمطلوبه فيها ، بفرض صحة دعواه . وهى لذلك مناط الدعوى .

وحتى يتوافر هذا الشرط لابد أن تكون المصلحة قانونية أى مشروعة، وأن تكون مصلحة قائمة ، وتتميز الدعوى الوقتية بالنسبة لهذا الشرط عن غيرها من الدعاوى ، **بعنصر الاحتمال** ، سواء بالنسبة للحق الذى تحميه هذه الدعوى ، أو بالنسبة للاعتداء عليه (١٨٣) ، وذلك على النحو الآتى :

٦٩ ـ ١ ـ قانونية المصلحة : احتمال وجود الحق : Fumus boni Juris

يقصد بقانونية المصلحة أن يتمسك رافع الدعوى بحق أو مركز قانونى (١٨٤) .

ويتخذ هذا الشرط مفهوما خاصا بالنسبة للدعوى الوقتية . حيث أن هذه الدعوى ـ وعلى ما رأينا ـ دعوى قائمة بذاتها ، مستقلة عن الحق الموضوعى المراد حمايته . ومن ثم فهى لا تفترض وجود هذا الحق ـ كما فى الدعوى الموضوعية ـ غير أن ذلك لا يعنى أن الدعوى الوقتية تباشر دون وجود صلة بينها وبين الحق الذى تحميه . اذ أن سبب الحماية الوقتية يكمن فى المحافظة على الحماية الكاملة والنهائية لحق أو مركز قانونى . وعلى ذلك يجب ـ بداهة ـ لمباشرتها أن يكون

---

(١٨٣) فتحى والى ـ الوسيط ، ص ١٥٥ بند ٨٤ .

(١٨٤) أنظر فى مفهوم هذا الشرط ، محمود هاشم ـ قانون القضاء المدنى ، جـ ٢ ، ص ٦٠ بند ٣٢ .

هناك احتمال ظاهر لوجود هذا الحق (١٨٥) أو المركز القانونى المطلوب حمايته حماية وقتية ، تمكينا وتمهيدا لحمايته حماية نهائية ، فاذا انتفى هذا الاحتمال فلا يكون لتدخل القضاء معنى أو مبرر (١٨٦) .

وتوافر هذا الشرط يقتضى وجود :

ـ قاعدة قانونية تحمى الحق المحتمل الوجود . سواء كانت قاعدة تشريعية ، أو كانت قاعدة عرفية . فاذا لم توجد هذه القاعدة ، فلا تقبل الدعوى بحماية هذا الحق المزعوم حماية وقتية ، وعلى ذلك فاذا طالب الدائن بتقرير نفقة وقتية يجب أن يكون حق الدائن مما يحميه القانون ، والا كانت دعواه غير مقبولة ، ومن ثم لا تقبل دعوى المطالبة بنفقة وقتية المرفوعة من دائن بدين غير مشروع ، كما لو كان دين قمار ، كما لا تقبل الدعوى الوقتية التى ترفعها خليلة على خليلها بتقرير نفقة وقتية لها ، اذ أن القانون لا يحمى هذه الأنواع من المصالح (١٨٧) .

ـ أن تكون وقائع الدعوى الوقتية مما تظهر احتمال وجود الحق المطالب بحمايته من الناحية الفعلية (١٨٨) بمعنى أن يقدم المدعى من الوقائع ما يكفى لحمل الاعتقاد على وجود هذا الحق .

٧٠ ـ ٢ ـ واقعية المصلحة : الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت

لا يكفى أن تكون المصلحة قانونية بالمعنى المتقدم ، حتى تقبل الدعوى الوقتية ، وانما يلزم أن تكون هذه المصلحة واقعية ، وهى التى

---

(١٨٥) أو كما يقول ساتا Possibilità che esista il diritto ، بند ٤٣ ص ٥٧ ، كيوفندا ـ مبادىء ، ص ٢٢٧ ، ميكيلى ، جـ ١ ، ص ٦٨ ، زانزوكى جـ ١ ، ص ١٦٨ .

(١٨٦) ويجب على القاضى أن يقضى برفض الدعوى (فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٥٥) ، وان كان الأفضل أن يحكم بعدم قبول الدعوى (أنظر محمود هاشم ، جـ ٢ ، ص ١٢٣ هامش ٤٤ راتب ـ كامل ـ راتب . ط ٧ ، جـ ١ ، ص ٧٧ بند ٤٦) .

(١٨٧) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٥٥ بند ٨٤ ، ابراهيم سعد ص ٣٧٣ .

(١٨٨) فتحى والى ـ الاشارة السابقة . كوستا ص ٥٧ .

عبر عنها المشرع « بالمصلحة القائمة » (١٨٩) ، أى لابد أن يكون هناك مبرر للحصول على الحماية الوقتية بتدابيرها المعجلة .

وبعبارة أخرى لا يكفى أن يكون هناك احتمال ظاهر لوجود الحق المراد حمايته حماية وقتية ، وانما لابد أن يكون هناك خطرا يهدد هذا الحق وحمايته ، وأن يكون من شأن الالتجاء الى اجراءات التقاضى العادية أن يولد خطرا معينا ، يتمثل فى عدم امكانية الحصول على الحماية النهائية للحق أو المركز القانونى . وهذا الخطر هو ما يعرف فى الفقه الفرنسى بالاستعجال L'urgence (١٩٠) ، وفى الفقه الايطالى بالخطر من فوات الوقت Periculum in mara (١٩١) .

ويشترط فى هذا الخطر أن يكون عاجلا ، أى من شانه أن يجعل الضرر وشيك الوقوع ، يمكن أن يقع فى أى لحظة (١٩٢) ، وفضلا عن ذلك يجب أن يكون الضرر المتوقع الحدوث (المحدق) أن يكون من الأضرار التى يتعذر تداركها Pregiudizio irreparabile (١٩٣) .
هذا وقد عبر القانون المصرى عن الخطر العاجل المبرر للقضاء الوقتى « بالمسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت » (م ٤٥ مرافعات) .

---

(١٨٩) أنظر تفصيلا كتابنا ـ قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ، ص ٦٨ بند ٣٨ .

(١٩٠) سيزار برو ، هيبرو وسينول ـ الطبعة الخامسة التى قدم لها odoul سنة ١٩٧٨ بند ١٧ ، موريل ، ص ١٩٧ ، فنسان وجونشار ، بند ١٣٨ ، ص ١٧٩ . ومعهم جانب من الفقه المصرى . أبو هيف ، بند ١٠٥٣ ،رمزى سيف ، بند ٢٠٥ ، أبو الوفا ، ص ٣١٤ راتب ـ كامل ـ راتب ط ٧ ، ج ١ ، ص ٢٦ .

(١٩١) كيوفندا ـ الاشارة السابقة ، كوستا ، الاشارة السابقة ، ميكيلى ، الاشارة السابقة ، زانزوكى ص ١٦٨ . وجانب من الفقه المصرى . محمود هاشم ، ج ١ ، ص ١٢٤ ، فتحى والى ـ الاشارة السابقة . وجدى راغب ـ مقالة ـ ص ٢٤٦ .

(١٩٢) وجدى راغب ، مقالة ، ص ٢٣٦ . مبادىء ، ص ٣٦٧ .

(١٩٣) ميكيلى ـ بند ٢٠ ، وجدى راغب ـ مقالة ص ٢٤١ .

ولقد حاول الفقهاء وضع تعريف محدد للاستعجال أو الخطر من فوات الوقت . فمنهم من عرفه بأنه الضرر النهائى الذى لا يؤدى تحقيق الحق - عينا أو بمقابل ، بعد الاعتداء عليه - الى اشباع حل للمصلحة التى يضمنها الحق (١٩٤) ، أو الضرر الذى لا يكفى لازالته الحكم الموضوعى المقبل (١٩٥) ، او الضرر الذى لا يمكن تلافيه اذا لجأ الخصوم الى القضاء العادى (١٩٦).كما عرفه البعض الآخر بأنه الضرورة التى لا تحتمل تأخيرا والتى يكون فيها الضرر محدق ، والذى لا يكفى لتداركه رفع الدعوى المعتادة ولو بتنقيص المواعيد (١٩٧) . والواقع أن كل هذه التعريفات صحيحة فى ذاتها لأنها تعبر - بوضوح - عن الضرورة الملجئة للحصول على الحماية الوقتية ، درءا لخطر فوات الحماية النهائيـــة الناجم عن فوات الوقت .

وتقدير توافر الخطر من التأخير بشروطه انما يكون بالنظر الى الظروف الموضوعية للدعوى ، أى الى طبيعة الحق المطلوب حمايته وما يحيط به من ظروف ، وليس من فعل الخصوم أو اتفاقهم . فلا عبرة بما يضفيه المدعى على طلباته من أوصاف ، ولو وافقه المدعى عليه على اضفاء وصف الخطر أو نفيه (١٩٨) ، فلا يتوافر الاستعجال لمجرد رغبة المدعى

---

(١٩٤) وجدى راغب - الاشارة السابقة .

(١٩٥) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ، ص ٢٦٠ .

(١٩٦) أمينة النمر - مناط الاختصاص ، رسالة ، بند ٣٠ ، ص ٤٩ .

(١٩٧) أبو هيف ، بند ١٠٥٣ ، ص ٧٤٤ . ويقترب منه تعريف راتب - كامل - راتب ، طبعة ٧ ، ج ١ ، بند ١٣ ص ٢٦ الذى يعرفونه بأنه الخطر الحقيقى المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه والذى يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة فى التقاضى العادى ولو قصرت مواعيده . قارن الشرقاوى . شرح ، بند ١٦٠ وعرفه محمد حامد فهمى بأنه الضرورة الداعية الى اتخاذ الاجراء المؤقت المطلوب بند ١٤٠ ص ١٥٢ . جابيو ، ص ٥٩٨ . موريل ١٩٧ . بريليارد ، بند ١٦٢ .

(١٩٨) أمينة النمر ، رسالة ، بند ٧٣ ، أبو هيف ، ص ٧٤٤ ، فتحى والى - قانون القضاء ، ص ٢٦٠ ، راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٢٧ .

مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٣/٥/٢٨ فى الدعوى رقم ٧٨٥ لسنة ١٩٨٣ . مستعجل مستأنف القاهرة ١٩٨٣/٤/١٨ فى الدعـــوى ٤٥٥ لسنة ١٩٨٣ .

فى الحصول على حكم مستعجل فى طلباته ، كما أن تأخير المدعى فى الالتجاء الى القضاء المستعجل ، من شأن هذا التأخير أن يزيل صفة الاستعجال عن الواقعة ، وجب على القاضى أن يقضى بعدم قبـــــول الدعوى (١٩٩) .

وتقدير توافر الاستعجال من عدمه مسألة تتعلق بوقائع الدعوى تستقل بتقديرها المحكمة التى تنظر الدعوى المستعجلة ، ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض (٢٠٠) ، ولا يجوز من ثم اثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام محكمة النقض لأول مرة (٢٠١) .

ويتعين توافر شرط الخطر من فوات الوقت (الاستعجال) وقت الحكم فى الدعوى ، اذ لا يكفى توافره عند رفعها فحسب ، فان توافر الشرط عند رفع الدعوى ، وزال قبل الفصل فيها لأى سبب من الأسباب ، وجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى . أما اذا كان الاستعجال متوافرا عند الفصل فى الدعوى ، تعين على المحكمة أن تقضى فى الدعوى، ولو لم يكن متوافرا عند رفعها (٢٠٢) .

ويلاحظ أن الخطر من التأخير انما هو خشية حالة (٢٠٣) ، وبالتالى فان المصلحة التى تبرر الالتجاء الى القضاء المستعجل انما هى

---

(١٩٩) قارن راتب ، كامل ، راتب ، الاشـارة السابقة ويقررون انه يجب أن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول . وفى نفس الاتجاه مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٣/٥/٢٨ ، المشار اليه .

(٢٠٠) نقض ١٩٦٢/٣/١٤ - المجموعة س ١٣ . ص ٣٠٣ ، نقض ٥١/٣/٢٢ ، المجموعة س ٢ ص ٤٥٨ - راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، جـ ١ بند ١٧ ص ٣١ .

(٢٠١) نقض ١٩٥١/١١/٢٩ المجموعة س ٢ ، ص ١٢٩

(٢٠٢) محمد عبد اللطيف ، ص ٣٣ . محمد على رشدى - قاضى الأمور المستعجلة ، ط ٢ ، بند ٣٩ راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، جـ ١ ، ص ٣٠ ، بند ١٥ . أمينة النمر - بند ٦٩ ص ٩٨ . وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٥٨ ، عكس ذلك **العشماوى - ص ٢٥٦** .

(٢٠٣) انظر كيوفندا - نظم جـ ١ بنو ٨٢ . فتحى والى - الوسيط ص ١٥٦ .

مصلحة حالة وليست محتملة ، وهى الخوف من الأضرار التى قد تلحق بالحق الموضوعى نظرا لفوات الوقت ، أما الضرر ذاته فهو المحتمل . وذلك بعكس المصلحة فى الدعاوى الوقائية التى تكفى فيها المصلحة المحتملة (م ٣ مرافعات) . مثل دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية والتى تقى حامل المحرر من خطر انكار الخط أو التوقيع من جانب الصادر عنه المحرر بعد ذلك ، لتقى المدعى من خطر الاحتجاج عليه بالمحرر المزور . وهذه الدعاوى بالرغم من اعتبارها دعاوى وقائية الا انها تعد دعاوى موضوعية وليست وقتية ، ومن ثم ترتب الأحكام الصادرة فيها حجية الأمر المقضى باعتبارها أحكاما تقريرية ، فضلا عن أن هذه الدعاوى ترفع أمام القضاء الموضوعى وليس أمام القضاء المستعجل (٢٠٤) .

ب - الصفة فى الدعوى الوقتية

La qualité

٧١ - مفهومها :

لا يكفى لقبول الدعوى الوقتية أن يكون لرافعها مصلحة قانونية حالة ، بل يتعين فيمن يطلب الحماية الوقتية ، وفيمن تطلب فى مواجهته هذه الحماية ، أن يكون ذا صفة بالنسبة للحق المطلوب حمايته . وتثبت هذه الصفة (٢٠٥) فيمن قامت به الحاجة أو الضرورة الى هذه الحماية الوقتية ، أى لمن يزعم أن له حقا أو مركزا - ولو محتملا - مهدد بأضرار وشيكة الوقوع ، لا يكفى لدرئها الالتجاء الى اجراءات التقاضى العادية . وهذه هى الصفة الايجابية ، أما الصفة السلبية فتثبت لمن يحتمل أن يكون طرفا سلبيا فى الحق أو المركز المحتمل ، والذى تسبب بفعله فى التهديد

---

(٢٠٤) أنظر دراسة لهذه الدعاوى الوقائية فى رسالة الدكتور حمدى عبد الرحمن بالفرنسية ، والمنشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ . وجدى راغب - مقالة ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .

(٢٠٥) أنظر تفصيلا فى شرط الصفة فى الدعوى المستعجلة ، راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٤٦ ، ص ٧٩ . أبو الوفا - المرافعات - ط ١٤ ، ١٩٨٦ ، ص ١٢٣ هامش (١) بند ١٠٥ .

بالاعتداء على الحق أو المركز القانونى ، أى الذى أحدث الضرورة الملجئة الى القضاء الوقتى . فاذا انتفت الصفة الايجابية كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها من غير ذى صفة ، وان انتفت الصفة السلبية كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها على غير ذى صفة .

ويلاحظ ان القضاء الوقتى وهو بصدد بحث شرطى المصلحة والصفة انما يكتفى بأن يثبت توافرهما من عدمه حسب ظاهر الأوراق ، دون أن يتعمق او يتغلغل فى صميم الموضوع أو على ما جرى به تعبير القضاء أن يكون بحثا ظاهريا وبالقدر اللازم لطبيعة الدعوى المستعجلة ، ويكفى ثبوتها من ظاهر الأوراق ، ولا يملك أن يفصل بشكل قطعى فى صفات الخصم (٢٠٦) .

ثانيا ـ الشروط السلبية

٧٢ ـ تحديدها :

لا يكفى توافر الشروط الايجابية السابقة لقبول الدعوى المستعجلة وانما يجب توافر الشروط السلبية كذلك . وهى مجموعة من الأسباب التى يؤدى تحققها الى عدم قبول الدعوى المتعلقة بها . ولذلك يجب عدم تحقق سبب من هذه الأسباب حتى تقبل الدعوى ، ومن اهم الأسباب التى يجب عدم تحققها لقبول الدعوى المستعجلة ما يلى :

١ ـ عدم سبق الفصل فى الدعوى :

الدعوى المستعجلة ، شأنها شأن أى دعوى اخرى ، يلزم لقبولها ألا يكون قد سبق الحكم فى موضوعها ، احتراما لحجية الحكم المستعجل ،

---

(٢٠٦) راجع أحكام محكمة القاهرة للأمور المستعجلة الصادرة منها فى ١٩٧٩/١٠/٢٣ فى الدعوى ١٩٧٩/٤٩٧٧ ، ١٩٨٠/٢/١٤ فى الدعوى ١٩٧٩/٦٩٣٧ ، اشار اليها مصطفى هرجة فى احكام وآراء المشار اليه ، ١٩٨٦ ، ص ٣١٢ . ويعبر الفقه التقليدى المصرى وأحكام القضاء عن الصفة فى الدعوى بتعبير « المصلحة الشخصية المباشرة » . راتب ـ كامل ـ راتب ط ٧ ، ص ٧٩ . والأحكام السابقة .

اعتبارا بأن هذا الحكم وان كان حكما وقتيا ، ليست له حجية أمام قضاء الموضوع ، الا أنه يجوز الحجية قبل القضاء المستعجل نفسه ، بحيث لا يجوز اثارة النزاع ذاته أمامه مرة أخرى ، طالما لم تتغير الظروف التى صدر فيها الحكم الأول (٢٠٧) . ولقد استقر قضاء محكمة النقض على ان الأحكام التى تصدر فى الاجراءات المستعجلة وقتية ، الا أنها تقيد القضاء المستعجل وتلزم طرفى الخصومة ، فليس للأول أن يعدل بقرار ثان عما قضى به أولا ، وكذلك ليس للآخرين أن يرفعوا دعوى ثانية بذات الموضوع .. بقصد الوصول الى حكم مانع أو معدل للحكم الأول .. الا اذا حصل تغيير أو تعديل فى الوقائع المادية أو فى المركز القانونى للطرفين أو لأحدهما (٢٠٨) .

ـ عدم تحقق ما يقضى على حق الدعوى المستعجلة :

ينقضى حق الدعوى المستعجلة ، شأن أى دعوى أخرى . بسبب ارادى كالتنازل عنها أو تركها ، أو اتفاق الخصوم على الصلح بينهما (٢٠٩) ، أو بسبب غير ارادى مثل نزع ملكية العقار محل دعوى الحراسة القضائية .

تلك هى الشروط المتطلبة لقبول الدعوى الوقتية ، فاذا انتفى شرط منها ، تعين الحكم بعدم قبولها (٢١٠) .

---

(٢٠٧) أنظر محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، جـ ١ ، ص ١٢٩ ، فتحى والى ، الوسيط ـ ص ١٧٣ . أمينة النمر ، بند ٢٢٠ ، ابراهيم سعد ، ص ٢٨٠ ، راتب ـ كامل ـ راتب ، ط ٧ ، جـ ١ ، بند ٤٧ ص ٨٤ ، بند ٧٤ وما بعده . كوستا ، بند ١٨٤ .

(٢٠٨) نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة ، س ١٩ ص ٢١٠ ، ١٩٦٦/٥/٢٢ ، س ١٧ ، ص ١١٢١ . والأحكام التى اشار هرجة ص ٣١٥ ـ ٣١٧ .

(٢٠٩) اذ يجوز لقاضى الأمور المستعجلة الحكم بالحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى (مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٢/١٢/٢٠ فى الدعوى رقم ٣٤١ لسنة ١٩٨٢) .

(٢١٠) وقد ذهب رأى فى الفقه المصرى الى أن انتفاء شروط الدعوى الوقتية ، ومنها شرط الاستعجال ، يؤدى الى الحكم برفض الدعوى الوقتية .

=

المطلب الثـــالث

اجراءات الحصول على الحماية الوقتية وقواعدها

٧٣ ـ الحديث عن اجراءات الحصول على الحماية الوقتية ، يقتضى الحديث عن اجراءات رفع الدعوى الى القضاء المستعجل ، ثم اجراءات نظرها والقواعد التى تحكمها ، وذلك على التفصيل الآتى :

الفـــــرع الأول

اجراءات رفع الدعوى الوقتية

٧٤ ـ طريقتان لرفع الدعوى الوقتية :

حدد المشرع المصرى طريقتين لرفع الدعوى الوقتية هما :

٧٥ ـ أ ـ الاجراءات الأصلية :

وهى الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . وتبدأ بتحرير صحيفـــة الدعوى ، بمعرفة المدعى أو وكيله ، من أصل وعدد من الصور بقدر عدد الخصوم زائد صورة لقلم الكتاب . ويجب أن تشتمل على بيانات معينة

= حيث ان البحث فى الاستعجال هو بحث فى الدعوى لقبولها او لرفضهـا (فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٩٣ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٦١ . قارن احمد مسلم ، بند ٢٣٤) وهذا الراى يساوى بين عدم القبـــول والرفض . أما الراى الغالب فى القضاء المصرى على ان انتفاء أحد شروط الدعوى الوقتية يؤدى الى عدم اختصاص القضاء المستعجل (أنظر الأحكام العديدة التى اشار اليها هرجة ـ المرجع السابق ، ص ٦٢ ـ ٧٤) والأحكام التى اشار اليها أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ٣٤٨ . وقد ذهبت محكمة النقض الى ان انتفاء شرطى الاستعجال أو عدم المساس بأصل الحق ، يؤدى الى الحكم بعدم الاختصاص ، وتقف المحكمة فى حكمها عند هذا الحد . أما اذا طلب من القاضى المستعجل طلبا موضوعيا ـ فان على المحكمة ان قضت بعدم الاختصاص ان تأمر بالاحالة (نقض ١٩٨٢/٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٣٢٩ لسنة ٤٨ ق ؛ نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ فى القضية ٢٩٥) .

حددتها المادة ٦٣ من قانون المرافعات . وأن يكون - متى كانت قيمتها زائدة على خمسين جنيها - موقعا على أصلها أو صورها (٢١١) محام من المحامين المشتغلين بالمهنة . فلا يجوز التوقيع على الصحيفة أحد المحامين تحت التمرين .

وترفع الدعوى بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، وبه تعتبر الدعوى مرفوعة الى القضاء المستعجل ، ومنذ هذا الايداع ترتب هذه المطالبة آثارها القانونية ، والتى ليس من بينها قطع التقادم السارى ضد مصلحة المدعى (٢١٢) ، بعكس المطالبة الموضوعية .

والخصومة فى الدعوى الوقتية لا تنعقد - شأنها شأن الدعوى الموضوعية - الا باعلان صحيفتها الى المدعى عليه أو عليهم ، لأشخاصهم أو فى مواطنهم وفقا للقواعد العامة . ويجب اعلان صحيفة الدعوى الوقتية ، شأن الدعوى الموضوعية ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليم الصحيفة وصورها الى قلم المحضرين (م ٦٨) ، غير أن مخالفة هذا الميعاد التنظيمى لا تؤدى الى بطلان معين . وانما يجب تكليف المدعى عليه للحضور خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع الصحيفة والا جاز اعتبار الخصومة كأن لم تكن (م ٧٠) . وفى جميع الأحوال يجب مراعاة ميعاد

---

(٢١١) حيث استقر قضاء النقض على أن القانون لم يتطلب أن يرد توقيع المحامى على أصل صحيفة الدعوى وصورها ، فيمكن التوقيع على الأصل دون الصور أو العكس (نقض ١٩٧٩/٢/٧ ، المجموعة ، س ٣٠ ص ٥٠٥ ، ١٩٧٨/٤/٢٢ ، المجموعة ، س ٢٩ ، ص ١٠٥٨ ، ١٩٧٣/٥/٢ المجموعة ، س ٢٤ ، ص ٧٠٣ . نقض ١٩٧٧/١/١٦ س ٢٨ ، ص ٢٤٤ ، ١٩٧٦/١٢/١٨ ، المجموعة ، س ٢٧ ، ص ١٧٨٣ . راتب - كامل - راتب ط ٧ ، ج ١ ، بند ٥٣ ص ٩١ . على عكس المقرر فى القانون الادارى ، حيث استقر الرأى على أن مجرد التظلم الادارى وكذا طلب الاعفاء من الرسوم ، يؤدى الى قطع التقادم السارى لمصلحة الادارة ، وتكون المطالبة المستعجلة من شأنها قطع التقادم من باب أولى لذلك . راتب وكامل وراتب - الاشارة السابقة ، وما أشار اليه من أحكام) .

(٢١٢) أنظر تفصيلا . راتب - كامل - راتب - ط ٧ ، ج ١ ، بند ٣١ ص ٥٢ وما بعدهما .

الحضور فى الدعاوى المستعجلة وهو أربع وعشرين ساعة يجب أن تنقضى من تمام الاعلان قبل حلول ميعاد الجلسة المحددة لنظر الدعوى ما لم يأمر قاضى الأمور الوقتية بانقاص هذا الميعاد من ساعة الى ساعة ، بشرط اعلان صحيفة الدعوى مع أمر القاضى بالانقـــــاص الى شــــــخص المعلن اليه .

ويجب اتباع الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، كلما اراد الخصم الحصول على الحماية القضائية من احدى المحاكم الآتية :

١ ـ محكمة الأمور المستعجلة :

وهى ما عبر المشرع عنها « بقاضى الأمور المستعجلة » . وهى محكمة وحيدة توجد فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، تختص دون غيرها بنظر المنازعات الوقتية كافة ، التى تقع فى هذه المدينة . فتختص محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بالقاهرة (عابدين) بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى جميع انحاء مدينة القاهرة ، اى فى نطاق دائرة اختصاص محكمتى شمال وجنوب القاهرة الابتدائيتين .

٢ ـ المحكمة الجزئية فى غير المدينة التى بها مقر المحكمـــــــــة الابتدائية :

أما المحاكم الجزئية (٢١٣) التى يقع مقارها خارج المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية التابعة لها ، فتختص بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى دائرة اختصاص هذه المحاكم الجزئية . فمثلا تختص محكمة منيا القمح الجزئية بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى مركز منيا القمح ولا ترفع هذه المنازعات الى محكمة الأمور المستعجلة بمدينـــــة الزقازيق ، حيث المحكمة الابتدائية .

---

(٢١٣) وتعد المحكمة الجزئية هنا محكمة أمور مستعجلة ، وعلى الخصم أن يبين فى صحيفة دعواه صفة الدعوى التى يرفعها ، كما أن على المحكمة الجزئية أن تبين فى حكمها المادة التى تصدر حكمها فيها ، مستعجلة أو تجارية (م ١٧٨ مرافعات) .

٣ ـ قاضى التنفيذ :

والذى يوجد بمقر المحكمة الجزئية ، ويختص بنظر المنازعات الوقتية كافة المتعلقة بالتنفيذ . وعلى ذلك يختص قاضى تنفيذ محكمة مصر الجديدة بنظر المنازعات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ والواقعة فى دائرة اختصاص محكمة مصر الجديدة الجزئية ، ولا ترفع هذه المنازعات الى محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بعابدين .

٧٦ ـ ب ـ الاجراءات الفرعية :

تجيز المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، وكذلك المادة ١٢٤/٤ من القانون ذاته ، رفع الدعوى الوقتية الى المحكمة الموضوعية ، جزئية كانت أم ابتدائية ، تبعا للدعوى الموضوعية المرفوعة الى هذه المحكمة ، وذلك بغض النظر عن قيمة الدعوى الوقتية (٢١٤) ، أى أن المشرع يجيز رفع الدعوى الوقتية ـ كطلب عارض ـ الموضوع ـ الى المحكمة التى تنظر الدعوى الموضوعية .

ومن المعروف أن الطلبات العارضة ترفع وفقا للمادة ١٢٣ مرافعات باحد طريقين هما :

١ ـ الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . بشرط اعلانها قبل الجلسة بمراعاة مواعيد الحضور .

---

(٢١٤) أى تختص المحكمة الابتدائية بنظر الدعوى الوقتية المرفوعة اليها بطريق التبعية ، ولو قلت قيمتها على نصاب اختصاص المحكمة الابتدائية ، وكذلك تختص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى الوقتية المرفوعة اليها بطريق التبعية ولو جازت قيمتها نصاب اختصاص المحكمة الجزئية (راتب ـ كامل ـ راتب ـ بند ٦ ، ص ١٢) عكس ما ذهب اليه البعض من أن اختصاص المحكمة الجزئية بالدعاوى المستعجلة مشروط بعدم مجاوزة لقيمتها لنصاب هذه المحكمة (أحمد مسلم ، ص ٢٣٨) ونقد هذا الرأى ـ أمينة النمر ، بند ١٤١ .

٢ - **تقديمها شفاهة فى الجلسة :** بحضور الخصم الآخر ، واثباتها فى محضرها (٢١٥) . وفى هذه الحالة يجب - احتراما لحقوق الدفاع - تأجيل نظر الدعوى الوقتية فى هذه الحالة لجلسة أخرى ، اذا طلب ذلك المدعى عليه .

هذا ومن المقرر أن الدعوى المستعجلة اذا رفعت بطريق التبعية الى محكمة الموضوع ، فانه يجب لقبولها أن ترفع أو تقدم قبل قفل باب المرافعة فى الموضوع الذى ترفع تبعا له . وفى هذه الحالة على المدعى - ان أراد - أن يرفع دعواه وفقا لقواعد الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى المستعجلة ، الى قاضى الأمور المستعجلة او القاضى الجزئى بحسب الاحوال .

ومن ناحية أخرى ، فمن المقرر أن سبق رفع الدعوى الموضوعية الى محكمة الموضوع لا يمنع من رفع الدعوى الوقتية استقلالا الى القضاء المستعجل واختصاصه بالفصل فيها . ولو أثناء نظر الدعوى الموضوعية ، كما أن رفع الدعوى الوقتية لا يمنع من رفع دعوى الموضوع الى القضاء الموضوعى .

الفرع الثانى

نظر الدعوى الوقتية والحكم فيها

أ - نظر الدعوى الوقتية

٧٧ - حضور الخصوم وغيابهم :

ينظر القاضى المستعجل فى الدعوى المرفوعة امامه فى الجلسة التى سبق تحديدها واعلان الخصم الآخر بها . ويحضر الخصوم أمام القاضى

---

(٢١٥) ويرى البعض أنه يمكن ابداء الطلب العارض ولو كان مستعجلا بمذكرة يطلع عليها الخصم الآخر أو فى أى ورقة من أوراق المرافعات توجه اليه (راتب - كامل - راتب - المرجع السابق ، ص ٦٩ بند ٤١) .

المستعجل بأنفسهم أو بوكيل عنهم ، وذلك على النحو المقرر بالنسبة لقضاء الموضوع .

والأصل أن غياب المدعى عليه الجلسة لا يمنع من نظر الدعوى فى غيابه ، فيجوز للقضاء المستعجل أن يحكم بناء على طلب المدعى عليه - فى الجلسة الأولى ولو تغيب المدعى عليه أو عليهم ، كلهم أو بعضهم . كما نملك الحكم فى الدعوى - متى كانت مهيأة للحكم فيها - ولو تغيب المدعى عليه عن الحضور حتى ولو لم يكى قد أعلن لشخصه ، متى تاكدت المحكمة من صحة اعلانه ، فلا تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لجلسة أخرى ، على عكس المقرر فى الدعاوى الموضوعية .

ويجوز - أمام القضاء المستعجل - ابداء طلبات وقتية عارضة ، قبل قفل باب المرافعة فى طلب وقتى أصلى مرفوع الى هذا القضاء ، سواء رفعت هذه الطلبات الوقتية من المدعى أو من المدعى عليه ، أو من الغير كطلبات التدخل أو الادخال بناء على طلب أحد الخصوم أو المحكمة (٢١٦) .

٧٨ - طرق الاثبات أمام القضاء المستعجل :

من المعلوم أن الاثبات بمعناه القانونى ، هو اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة نظاما ، على وجود واقعة متنازع عليها (٢١٧) . وأن هذه الواقعة القانونية fait Juridique هى أمر يحدث ، ويرتب عليه القانون أثرا ، يتمثل فى انشاء حق جديد أو تعديل أو انقضاء حق قائم . وتعد هذه الواقعة مصدرا للالتزام أو الحق ، وهى التى تكون محلا للاثبات ، وليس الالتزام ذاته (٢١٨) .

---

(٢١٦) أنظر فى تفاصيل ذلك - راتب - كامل - راتب ، جـ ١ ص ٦٧ ، بند ٤١ وما بعدهما .

(٢١٧) أنظر مؤلفنا ، فى القضاء ونظام الاثبات فى الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية ، الرياض - ١٩٨٨ ، الطبعة الأولى ص ١١٣ .

(٢١٨) راجع - المرجع السابق ، ص ١٣١ وما بعدها .

ولقد حدد القانون ، لاثبات هذه الوقائع ، طرقا محددة تختلف باختلاف تلك الوقائع ، وألزم القضاة باحترامها وعدم تجاوزها .

فهل يلتزم القضاء المستعجل باتباع هذه الطرق ، وتكون من سلطته فحصها والتحقق منها ؟ ويكمن سبب هذا التساؤل فى أن القضاء المستعجل - وعلى ما هو مقرر - ممنوع من المساس بأصل الحق ، وأن بحث هذه الطرق قد ينطوى على هذا المساس ، وواقع الأمر أن القضاء المستعجل ليس ممنوعا من فحص الموضوع ، بل عليه بحثه ظاهريا للتوصل الى الحكم فى الاجراء الوقتى أى بحثا عرضيا يتحسس به ما يحتمل لأول مرة ان يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض عليه .

ويترتب على هذه الحقيقة النتائج الآتية :

١ - لا يملك القاضى المستعجل توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة لأى من الخصوم (٢١٩) .

٢ - لا يملك القضاء المستعجل أن يفصل فى دعوى التزوير الفرعية أو الأصلية ، ان رفعت اليه ، اعتبارا بأن الفصل فيها يقتضى الفصل فى امر صحة السند المدعى بتزويره (٢٢٠) . كما لا يملك الفصل فى أمر صحة التوقيع المدعى بانكاره . وان القاضى المستعجل ليس ممنوعا من فحص ظاهر المستندات ليتبين وجه الجد فى الطعن بالتزوير أو الانكار ، وليس للفصل فى التزوير بالفعل .

٣ - لا يملك القضاء المستعجل ان يامر الخصم أو الغير بتقديم مستندات تكون تحت يده . وانما له فحص المستندات المقدمة فى الدعوى

---

(٢١٩) راتب - كامل - راتب . بند ٦٥ . محمد عبد اللطيف ، بند ٥٦٠ طبعة أولى .

(٢٢٠) مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٢/١٢/٢٨ فى الدعوى ١٩٨٢/١٣٣٩ ، نقض ١٩٨٢/١١/١٤ فى الطعن ١٠٢١ لسنة ٤٩ ق . مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٧٩/٦/٢٧ فى الدعوى رقم ٨٤٦ لسنة ١٩٧٩ ، مستعجل القاهرة رقم ١٩٨١/٢٦٦٢ فى ١٩٨١/١١/٥

من الخصوم فحصا ظاهريا للتوصل الى ما يحتمل أن يكون هو وجه الصواب فى **الدعوى** .

٤ ـ الأصل أن القضاء المستعجل لا يملك كقاعدة اصدار أحكام اجرائية باحالة الدعوى على التحقيق لسماع الشهود ، أو ندب الخبراء أو حتى للانتقال للمعاينة ، الا اذا كان مقصودا بها التحقق من توافر شرط الاستعجال من عدمه فحسب . أما اذا كان القصد منها التوصل للفصل فى وقائع أو حقوق محل نزاع بين الخصوم ، فلا يملك القاضى المستعجل اصدارها ما لم يكن الطلب الوقتى الأصلى هو سماع شاهد أو اثبات حالة متغيرة (٢٢١) .

٧٩ ـ جلسات المرافعة ، وعوارض الخصومة الوقتية :

الأصل أن تنظر المحكمة المستعجلة الدعوى فى أول جلسة (م ٩٧) شأنها فى ذلك شأن الدعوى العادية ، ولا تؤجل نظرها الى جلسة أخرى ، الا اذا كان هناك مبررا لذلك ، والأصل أن تسير الخصومة فى الدعوى حتى تصل الى نهايتها العادية وهى صدور الحكم الوقتى .

ولكنه قد يطرأ على الخصومة ما يؤثر فى سريانها ، أى ما يمنع السير فيها فترة معينة ، مثل تحقق سبب من أسباب الوقف أو الانقطاع . فهل يؤثر ذلك على الدعوى الوقتية أيضا ؟

١ ـ وقف الخصومة :

وقف الخصومة قد يكون بقوة القانون ، وقد يكون بحكم المحكمة ، كما قد يكون باتفاق الخصوم عليه .

ـ **أما عن الوقف القانونى** ، فهو الذى يتم بقوة القانون ، بمجرد تحقق السبب الموجب له مثل طلب رد القاضى . فاذا طلب رد القاضى المستعجل ، فتقف الخصومة بقوة القانون الى أن يفصل فى طلب الرد ،

---

(٢٢١) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٥٩ .

راجع فى ذلك راتب ، كامل ، راتب ، ط ٢ ، جـ ١ ص ٨ ـ ١١ ، بند ٣ ، بند ٦٤ ، ص ١٠٦

وان كان من الجائز ، طلب احالة الدعوى والاستعجال هنا متوافر - الى قاضى آخر للفصل فى الدعوى الوقتية .

- **أما الوقف القضائى** ، فهو الذى يكون بحكم من القضاء ، جزاء على عدم امتثال المدعى لأمر المحكمة ، أو تعليقا على الفصل فى مسألة أولية تخرج عن اختصاص ، أو ولاية القاضى الذى ينظر الدعوى . فهل يملك القاضى المستعجل أن يأمر بوقف الخصومة الوقتية ، وقفا جزائيا أو تعليقيا ؟

- لا شك أن جزاء الوقف الذى تملك المحكمة توقيعه على القاضى المدعى المهمل أمر يتنافى مع طبيعة القضاء المستعجل ، حيث يتنافر ذلك مع الاستعجال المبرر لاختصاص القضاء المستعجل ، ولا يكون للقاضى المستعجل الا الأمر بتغريم الخصم المهمل أو الفصل فى الدعوى بحالتها (٢٢٢) .

أما بالنسبة للوقف التعليقى ، فانه وان كان يتنافى مع طبيعة الاستعجال الا أنه أمر تفرضه الضرورة التى لا يستطيع معها القاضى المستعجل أن يفصل فى الاجراء الوقتى المطلوب (٢٢٣) .

- وأخيرا فان الوقف الاتفاقى ، لا يعمل به - فى رأينا - أمام القضاء المستعجل ، لتنافره مع وجه الاستعجال ، فضلا عن أن ذلك يعد اعترافا ضمنيا من الخصوم بتخلف هذا الوجه (٢٢٤) ، وان كان البعض يرى ترك الأمر لتقدير المحكمة (٢٢٥) .

---

(٢٢٢) راتب - كامل - راتب ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ بند ٦٣ ، ابو الوفا - ط ١٤ ، ص ٣٥٧ .

(٢٢٣) انظر مستأنف مستعجل القاهرة فى الدعوى رقم ١٤١٣ لسنة ١٩٨٢ فى ١٩٨٣/٦/٢٥ ، وكذا مستأنف مستعجل القاهرة الصادر فى ١٩٨٢/١٢/٢٦ ، مشار اليهما فى هرجة ص ٣١٩ - ٣٢٠ .

(٢٢٤) مصطفى هرجة - الاشارة السابقة .

(٢٢٥) راتب - كامل - راتب - جـ ١ ، ط ٧ ، ص ١٠٥ هامش (٢) . هرجة - الاشارة السابقة .

٢ - انقطاع سير الخصومة :

من المقرر أن الخصومة تنقطع سيرها بقوة القانون ، لوفاة أحد خصومها أو خروجه على أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الاجراءات نيابة عنه . ومن المقرر أن الخصومة الوقتية تنقطع بتحقق سبب من هذه الأسباب ، شأنها شأن الخصومة العادية .

ب - الحكم فى الدعوى الوقتية والطعن فيه

٨٠ - شكل الأحكام الوقتية :

تصدر الأحكام الوقتية بالاجراءات والأصول التى تصدر بها الأحكام العادية اذ يجب أن تتم المرافعة فيها فى جلسات علنية الا اذا رأت المحكمة المستعجلة جعلها سرية محافظة على النظام العام أو الآداب العامة ، على أن يكون النطق بها فى جميع الأحوال فى جلسات علنية . ويلزم أن تشتمل الأحكام الوقتية على البيانات كافة المتطلبة فى سائر الأحكام (م ١٧٨) ويجب أن تكون مسببة والا كانت باطلة (م ١٧٥ مرافعات) وأن تدور هذه الأسباب حول توافر شروط القضاء المستعجل لا على أساس ثبوت الحق أو نفيه .

٨١ - سلطة القضاء المستعجل :

رأينا فيما سبق أن القضاء الوقتى تقتصر سلطته على منح الحماية الوقتية للحق أو المركز القانونى ، ولا تتعداها الى تقرير أو نفى الحماية الموضوعية ، فهو ممنوع بنص القانون من المساس بأصل الحق .

وأصل الحق الممنوع المساس به من قبل القاضى المستعجل ، هو كل ما يتعلق بالحق ، وجودا وعدما ، صحة وبطلانا ، بقاء أو انقضاء .

ولقد تواتر قضاء النقض على أن « مأمورية قاضى الأمور الوقتية ليست هى الفصل فى أصل الحق ، بل هى اصدار حكم وقتى بحت ، يرد به عدوانا باديا للوهلة الأولى من أحد الخصمين

على الآخـــر أو يوقف مقـــاومة من أحـــدهمـــا للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق ، أو يتخذ اجراء عاجلا يصون به موضوع الحق أو دليلا من أدلة الحق (٢٢٦) . ويترتب على ذلك النتـــائج الآتيـــة :

- ليس للقضاء الوقتى منح الحماية الموضوعية للحق ، بتأكيـــد وجوده أو نفيه ، أو تأكيد صحة الدليل عليه أو بطلانه . فهو ان فعل ذلك فانه يكون قد تجاوز سلطته ، وقضى فى غير ما هو مطلوب منه .

- ليس للقضاء الوقتى أن يبنى حكمه على اساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه .

- ليس للقضاء أن يتعمق فى فحص مستندات الخصوم ، ببحثها بحثا فنيا يتعلق بصحتها أو بطلانها . وانما كل ما له فحصها فحصـــا ظاهريا ليستخلص منها ما يبدو للوهلة الأولى أنه وجه الصواب فى الاجراء المطلوب (٢٢٧) .

---

(٢٢٦) نقض ١٩٣٥/١٢/١٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٩٩٩ . وقضى بأنه اذا أسفر الخلاف بين الخصوم عن قيام منازعة فى اصل الحق .. كان للقاضى أن يتناول مؤقتا وفى نطاق حاجة الدعوى المستعجلة تقـــدير مبلغ الجد فى المنازعة ، على الا يكون هذا التقدير من شأنه ان يحسم النزاع بين الخصمين فى اصل الحق . اذ هو تقدير وقتى عاجل يتحسس به القاضى المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون هو وجه الصواب فى خصوص الاجراء المطلوب . (نقض ١٩٦١/١١/٨ فى الطعن ٢٧ لسنة ٢٧ ق) ، كما قضى بأنه لا اختصاص للقضاء المستعجل بنظر دعاوى منع التعـــرض لأن الحكم فيها يمس حتما أصل الحق (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ ، المجموعة ، س ٥ ، ص ١٠٠٠) . وانظر الأحكام العديدة التى اشار اليها هرجة ، ص ٦٨ وما بعدها . راتب - كامل - راتب ص ٣٦ وما بعدها .

(٢٢٧) نقض ١٩٥٣/٥/١٤ . المجموعة س ٤ ص ١٠١٢ ، وانظر تفاصيل عدم المساس بأصل الحق فقها : امينة النمر . رسالة ، بند ٨٥ وما بعدها . راتب - كامل - راتب ، ص ٣٦ وما بعدها . وجدى راغب : مقالة ص ٢٢٣ ، العشماوى ج ١ ص ١٧٥ ، محمد حامد فهمى ص ١٥٣ ، فتحى والى - الوسيط - ص ١٥٧ . ابراهيم سعد : ص ٣٧٧ . أحمـــد مسلم بند ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، رمزى سيف ، بند ٢٥١ .

٨٢ ـ حجية الأحكام الوقتية :

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الوقتى يعد صورة من صور الحماية القضائية وأن أعماله التى يباشر بها هذه الصورة ، تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وأنها لذلك تتمتع بما تتمتع به الأعمال القضـــائية الأخرى من حصانات ، وهى تحوز شأن الأحكام القضائية الموضوعية ـ حجية الأمر المقضى ، وتستنفد ولاية من يصدرها . وهذا هو الرأى السائد فقها (٢٢٨) وقضاء . ولا يحول دون ذلك القول بأن حجية الأحكام الوقتية حجية مؤقتة (٢٢٩) . لأن تأثيث الحجية لا يمنع من كونها حجية قضائية . اذ أن حجية الأحكام الموضوعية ذاتها ، هى الأخرى حجية مؤقتة ، قلقة ، طالما كان الطعن فيها جائزا (٢٣٠) .

كما أن الحكم الوقتى ، وان كان لا يقيد محكمة الموضوع ، ولا أثر له فى ثبوت الحق أو نفيه (٢٣١) ؛ فان ذلك لا يرجع الى أن الحكم الوقتى لا يحوز الحجية ، وانما يرجع الى اختلاف الدعوى الصادر فيها الحكم الوقتى ، عن تلك ، دعوى الحق ، موضوعا وسببا . والمعروف

---

(٢٢٨) فتحى والى ، الوسيط ، ص ١٧٣ . أمينة النمر ، رسالة ، بند ٢٢٠ ، رمزى سيف ، بند ٥٠٥ ، ابراهيم سعد ، ص ٢٨٠ ، راتب ـ كامل ـ راتب ، جـ ١ ، ص ١٢٠ وما بعدها . وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٦٢ . كوستا ـ بند ٧٠٤ ، ميكيلى جـ ١ ، ص ٨٤ ، لاكوست ، بند ٨٩ .

(٢٢٩) السنهورى ـ الوجيز ، ص ٧٣٢ هامش (١) . جلاسون وتيسيه وموريل جـ ٣ ، بند ٧٣١ . سيزار برو ـ هيبرو وسينول ـ المطول ص ٧١ . موريل ، ص ٤٥١ ، نقض ١٩٧٦/١٢/٢٩ ، س ٢٧ ، ص ١٨٢٨

(٢٣٠) نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، المجموعة ، س ٢٥ ، ص ٢١٦ .

(٢٣١) نقض ١٩٧٣/٣/١٤ ، المجموعة ، س ٢٤ ، ص ٤١٥ ، ١٩٧٢/٥/٢٤ ، س ٢٣ ، ص ١٠٠٣ . نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ ، المجموعة ، س ١٨ ، ص ٤٨٥ .

ان حجية الأحكام القضائية حجية نسبية (٢٣٢) ، تتقيد بالخصومة التى صدرت فيها ، خصوما وموضوعا وسببا (٢٣٣) .

وعلى ذلك ، فان الحكم الوقتى لا يقيـــد محكمة الموضوع التى يكون لها مثلا أن نعيد المستأجر الى العين المؤجرة بالرغم من سبق صدور الحكم الوقتى بطرده منها . كما أن لها ان تقضى بفسخ عقد الايجار واخلاء المستأجر من العين على الرغم من الحكم المستعجل الصادر برفض دعوى الاخلاء .

واذا كانت الأحكام الوقتية لا تقيد قضاء الموضوع ، فانها تحوز الحجية أمام القضاء الوقتى ذاته ، وفى مواجهة الخصوم (٢٣٤) . فليس للأول أن يعدل بحكم ثان عما قضى به أولا ، وكذلك ليس للأخيرين أن يرفعوا دعوى ثانية بالموضوع ذاته أمام القاضى المستعجل للوصول الى حكم مغاير للأول ، الا اذا حصل تغيير أو تعديل فى الوقائع المادية أو فى المركز القانونى للطرفين أو لأحدهما ، حيث أن من المقرر أن حجية الأحكام الوقتية مرهونة بعدم تغير الظروف التى صـــدرت فيها (٢٣٥) .

٨٣ ـ الطعن فى الأحكام الوقتية :

اعمالا للسرعة واعتباراتها ، ومراعاة لطبيعة الأحكام الوقتية ذاتها ، فقد أجاز المشرع مراجعتها عن طريق الطعن فيها بالاستئناف أيا

---

(٢٣٢) محمود هاشم ، الطبعة الأولى ـ ج ١ ، ص ١٢٩ . وجدى راغب ، مبادىء ص ٢٦٢ .

(٢٣٣) أنظر عرضا لذلك ، استنفاد ولاية القاضى المدنى ـ للمؤلف ، ص ٢٥٢ بند ٩٨ وما بعدها .

(٢٣٤) أنظر راتب ـ كامل ـ راتب ، ج ١ ، ص ١٢٠ وما بعدها . عكس ذلك ابو الوفا ، ط ١٤ ، ١٩٨٦ ، بند ٢٩٩ ، ص ٣٥٢ .

(٢٣٥) وجدى راغب ـ مبادىء ، ص ٢٦٢ ، راتب ـ كامل ـ راتب ـ الاشارة السابقة . وانظر الأحكام العديدة التى أشار اليها ابو الوفا ، المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣ بند ٢٩٩ .

كانت قيمتها ، حتى ولو قلت عن نصاب الاستئناف المقرر بالنسبة للأحكام الموضوعية . ويرفع الاستئناف الى المحكمة الابتدائية - بهيئة استئنافية - التابعة لها المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف . وميعاد استئناف الأحكام الوقتية هو خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم (م ٢/٢٢٧ مرافعات) .

كما أجاز المشرع الطعن بالاستئناف فى الأحكام الوقتية الصادرة من محاكم الموضوع وذلك فور صدورها ، خلافا للقاعدة العامة المقررة للطعن فى الأحكام الصادرة أثناء نظر الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة (م ٢١٢ مرافعات) .

وقابلية الحكم الوقتى للاستئناف أو الطعن فيه بالفعل لا أثر له على تنفيذه ، لأنه نافذ نفاذا معجلا بقوة القانون بغير كفالة (م ٢٢٨ مرافعات) .

المبحث الثـــالث

التنفيـــذ القضـائى

٨٤ - ضرورته :

لا يقف القضاء عند حد منح الحماية الموضوعية للحق أو المركــز القانونى - اذ أن الاعتداء على الحق أو المركز القانونى لا يقف عنـد مجرد انكاره أو معارضته من قبل أحد الاغيار ، أو الوقوف عند مجرد اثارة الشكوك حول وجوده ، حتى يكفى لازالتـــه صـــدور حـــكم موضوعى ، يؤكد وجوده أو ينشئه - وانما قد يتخذ الاعتداء - فى بعض الأحيان - صورة أكثر جسامة من سابقتها ، ويصل لحد احداث تغيير مادى فى الحق أو المركز ، حتى يصبح مخالفا للقانون . وفى هذه الحالة لابد من اتخاذ مجموعة من الاجراءات والوسائل المادية لاعــادة مطابقة المركز الواقعى للمركز القانونى (٢٣٦) . وفى هذه الحالة يخول المشرع صاحب الحق أو المركز القانونى المعتدى عليه ، سلطة حماية الحق حماية فعلية ، أى تنفيذية . وتمثل هذه الوسائل المادية مضمون التنفبذ القضائى (٢٣٧) . ومن ثم لا تقف حماية القضـــــاء للحقوق عند حد تأكيدها أو نفيها ، وانما تمتد الى تنفيذها ، ولو كان ذلك جبرا عن ارادة الأفراد (٢٣٨) . ويتم ذلك عن طريق الأعمال الفعلى للجزاء القانونى المقرر فى القاعدة القانونية . والأصل أن يتم تنفيذ القانون اختيارا عن طريق الأفراد ، فاذا لم يتم ذلك فانه من الضرورى اجبارهم على هذا التنفيذ بتوقيع الجزاء المقرر عليهم . فلا يكفى أن يقرر القانون جزاء معينا حتى تحل مشكلة مخالفة القانون ، فقد يرفض المخالف تنفيذ هذا الجزاء ، فيمتنع غاصب المال عن رده لصاحبه

---

(٢٣٦) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٢١٨ . وجدى راغب مذكرات ص ٦٤ - ٦٥ . ردنتى - المرافعات ج ١ ص ٢١ .

(٢٣٧) ابراهيم نجيب سعد - ص ٣٦٦ .

(٢٣٨) وجدى راغب - مذكرات - الاشارة السابقة ؛ محمود هاشم - الموجز ص ٣٤ .

ويمتنع المدين عن الوفاء بالتزاماته . ولكن يجب تطبيق هذا الجزاء جبرا عن المدين . والجزاء القانونى يتميز بأنه جزاء مادى يمكن تطبيقه جبرا عن ارادة الأفراد . ويتولى القضاء القيام بهذا الدور ، أما باجبار الشخص على تنفيذ الجزاء مباشرة (تنفيذا عينيا) ، ان كان ذلك ممكنا وتوافرت شرائط التنفيذ العينى ، واما بقيام الدولة ممثلة فى القضاء بتنفيذ هذا الجزاء بطريق غير مباشر ، أى عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها استيفاء لحقوق الدائنين .

٨٥ ـ الطبيعة القضائية للتنفيذ :

يتضح مما تقدم أن نشاط القضاء بالنسبة للتنفيذ انما يعتبر نشاطا قضائيا ، لأنه يمنح صورة من صور الحماية القضائية للنظام القانونى ، بازالة عارض من عوارضه ، يتمثل فى مخالفة القانون ، ولم يعد هناك شك فى أن أعمال القضاء الصادرة فى مجال التنفيذ ، تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق . سواء كانت أعمال موضوعية مثل تلك الأحكام الصادرة فى منازعات التنفيذ الموضوعية ، أو أعمالا وقتية مثل تلك الصادرة فى اشكالات التنفيذ (٢٣٩) . وتنص المادة ٢٧٥ على اختصاص قاضى التنفيذ ، وهو قاضى جزئى ، دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها .. » . ومما يؤكد هذه الطبيعة القضائية للتنفيذ أن القانون المنظم للقضاء المدنى هو الذى ينظم اجراءات التنفيذ الجبرى وقواعده ، ويجعل من القضاء المدنى الجهة الوحيدة فى الاشراف على التنفيذ (م ٢٧٤) .

---

(٢٣٩) أنظر فى الطبيعة القضائية للتنفيذ . وجدى راغب مذكرات ص ٦٦ وما بعدها رسالة ص ١٠٣ وما بعدها فتحى والى الوسيط ص ١٣١ . والتنفيذ الجبرى بند ٩ ص ١٤ . محمد عبد الخالق عمر .مبادىء التنفيذ سنة ١٩٧٧ ص ٨٧ . محمود هاشم ـ القواعد العامة ص ١٣ ـ الموجز ص ٣٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٢٣١ . كيوفندا ـ مبادىء ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧ .. كارنيلوتى ـ المطول ج ١ ص ٢٨٣ ـ بند ١٧٦ أوجورو كو ج ١ ص ١١٢ . ميكيلى محاضرات ج ١ ص ٧٣ . ليبمان موجز ج ١ ص ٧٩ ـ ٨٠ . ساتا ـ قانون الخصومة بند ١٤٦ ص ٢١٣ ـ ٢١٤ .

عكس ذلك محمد حامد فهمى ـ التنفيذ الجبرى سنة ١٩٥٢ ، ص ٧ ، ٩ . عبد الباسط جميعى ـ نظام التنفيذ ١٩٦٨ ص ٣٠ . والمبادىء العامة فى التنفيذ ١٩٧٧ ص ٣٢ ـ ٣٣ . فزيوز ـ دراسات ص ٢٤٢ بند ٥١ ـ فاراندا أهلية القاضى ص ١٢٥ ـ ١٢٧ بند ١١ .

الفصل الثانى

وظيفـــة القضـــاء الولائية

٨٦ ـ تمهيد وتقســـــيم :

بجانب الوظيفة القضائية الفنية ، يباشر القضاء وظيفة أخرى ، تعرف بالوظيفة الولائية ، يطلق عليها تجاوزا القضاء الولائى فى الفقه الفرنسى (١) Juridiction gracieuse وفى الفقه الايطالى القضاء الاختيارى giurisdizione volontaria (٢) وذلك بالمقـــابلة للقضـــــاء الفنى Juridiction contentieuse الصادر فى المنازعات .

واذا كانت الأنظمة تعترف للارادة الفردية بالقدرة على ترتيب آثار قانونية وتكوين مراكز معينة ، اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، الا أنه فى حالات معينة لا يعترف لها بهذه القدرة ، ويتطلب لاحداث بعض الآثار ، تدخل يحدث مقدما من جانب القضاء للتأكد من شرعية هـــذه الآثار وملائمتها أو من مدى توافر شرائطها ، وذلك رعاية لمصلحة خاصة ترجع

---

(١) أنظر Cezar - Bru, Hébroud et Seignalle, T. II, Les ordonnances sur requéte, 1970, No 17. p. 38. Planisl M. Cracteres et effets de décisions rendus en matiére de Juridiction gracieuse, Thése, Paris, 1910. Borgel J - L. La Juridiction gracieuse, Recueil Dalloz - Sirey, 1983, 25e, 27e cahier. chon. p. 153 - 158, 165 - 172. Le Ninivin, La Juridiction gracieuse. Thése Rennes, 1982. Zaghlol M. la Juridiction gracieuse Thése Lyon, 1981.

سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ٤٨٢ ص ٤٤٣ ، جابيو ، بند ١٦٣ ص ١٤٧ . وفى الفقه المصرى ، وجدى راغب ـ مبادىء ص ٦٤ .

(٢) أنظر كيوفندا ـ مبادىء ، ص ٣١٤ ، كوستا ، ص ٧٩ بند ٥٥

الى عجز فى الادارة الخاصة ذاتها مثل انعدام أو نقص الأهلية ، أو نظرا لأهمية المصلحة بالنسبة الى الغير (٣) .

ومن الطبيعى أن يباشر القضاء هذه المهمة لما يتطلبه القانون فى قضاته من كفاءة خاصة فى فهم القانون وقواعده (٤) ، ووزن الأمور بحياد ونزاهة . الا أن ذلك لا يعنى استئثار القضاء بهذه الوظيفة ، فقد يباشر بعض أعمالها جهات ادارية أخرى .

ولفهم هذه الوظيفة وما يصدر عنها من أعمال ، يجب علينا أن نحدد فكرتها ونميز أعمالها ونعرض لأهم أعمالها ، على النحو التالى :

---

(٣) فتحى والى — الوسيط ، ص ١٦ . وجدى راغب — رسالة — ٩٧ ابراهيم سعد ، ص ٨٩ ، ساتا — ص ٥٩٦ . أوجوروكو — ج ١ ، ص ١١٥ روكو الفريدو — الحكم المدنى ، ص ١٥ ، عبد الباسط جميعى — سلطة القاضى الولائية — مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١١ ، ص ٥٦١ .

(٤) وان كان البعض قد راى أن فى اسناد هذه الأعمال الى القضاء شذوذا ظاهرا ، وخروجا على مبدأ الفصل بين السلطات . انظر فى الرد على ذلك ، عبد الباسط جميعى — الاشارة السابقة . حامد فهمى — ص ٢٠ — ٢١ .

ومن الجدير بالذكر أن القضاة فى الاسلام كانت لهم أيضا سلطة ولائية تتيح لهم تزويج الأيامى عند فقد الأولياء ، ونظر أمور المحجوز عليهم (انظر محمود هاشم — النظام القضائى الاسلامى ، ص ٧٧) .

المبحث الأول

فكرة الوظيفة الولائية للقضاء ومعيار تمييزها

المطلب الأول

فكرة الوظيفة الولائية

٨٧ - اتجاهات ثلاثة :

انقسم الرأى الى ثلاثة اتجاهات فى هذا الخصوص :

١ - وظيفة ادارية :

ذهب الرأى السائد فى الفقه المقارن بأن الوظيفة الولائية للقضاة مجرد وظيفة ادارية ، يقوم بها القاضى باعتباره موظفا عموميا ، وله بهذه الصفة ، وبما له من سلطة الامر imperim ، أن يتخذ تدابيرا ادارية تعد من قبيل الأعمال الادارية (٥) .

٢ - وظيفة مزدوجة :

ذهب الرأى الآخر الى أن القضاء يقوم بوظيفة مزدوجة ، يتخذ بمقتضاها أعمالا ادارية فى نطاق سلطة القضاء ، يطلق على هذه الأعمال أعمال الادارة القضائية (٦) .

---

(٥) أبو هيف ، المرافعات ، بند ٩٥ ، محمد حامد فهمى ، بند ٢١ ، عبد الفتاح السيد ، ص ٤٦٤ ، عبد المنعم الشرقاوى ، شرح بند ٣٥٦ ، العشماوى ، ج ١ بند ١٩١ ، أبو الوفا - المرافعات ، ص ٥٦٢ . جلاسون ونيسيه وموريل ج ١ - بند ١١ . موريل ، بند ٧٩ ، جابيو بند ١٦٤ . كيش وفنسان ١٩٦٣ ، بند ٧٣ . كيوفندا - مبادىء ص ٣١٤ ، كوستا بند ٧ ، ردنتى ج ١ ، ص ٢٩ ، زانزوكى ج ١ ، ص ١٤ . روكو الفريدو ، ص ١٥ . سيزار يرو وهيبرو وسينوك ص ٣٨ .

(٦) فنسان - المرافعات ، ١٩٧٨ ، ص ١١٢ . وسلطة القاضى هنا ليست فض منازعة قائمة وانما منع حدوثها ، والعمل الولائى - فى رأيهم - =

٣ ـ وظيفة قضائية :

يذهب الاتجاه الحديث (٧) الى القول بأن الوظيفة الولائيـــــة لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية ، وأعمالها هى نفسها أعمال قضائيـــة لأنها تتعلق بتطبيق قاعدة قانونية حماية لمصلحة مشروعة ، شأن الأعمال القضائية الأخرى . والفارق بين النوعين ليس فارقا فى طبيعة عمـــل القاضى ، بل فى طبيعة القاعدة القانونية محل التطبيق ، اذ أن القاعدة القانونية ذاتها هى التى تعلق ترتيب آثارها على تدخل القاضى .

يعد عملا بوليسيا من أعمال الضبط والأمن القضائى لاتصاله بنزاع قائم او متوقع امام القضاء . انظر سينول ـ الاوامر على العرائض ١٩٥٢ ، جـ ٢ ص ٢٠ ، وفى عرض ذلك عبد الباسط جميعى ـ مقالة ، ص ٥٨١ . سيزار يرو وهيبرو وسنيول طبعة ١٩٧٠ ، ص ٤٣ . وفى تأييد ذلك . جميعى ـ مقالة ـ ص ٥٩١ ـ ٥٩٣ . العشماوى ص ٢٣٠ بند ١٩١ .

(٧) أنظر ميكيلى فى مقالتين له هما

- Significato e Limiti della giurisdizione volontaria, in R.D.P. 1957 p.. 18e p. 65.

- Prospettivi critiche in Tema di giurisdizione volontaria in Scritti giuridici in onore di carnelutti, 1950 p. 377 e s.

وكذلك فى محاضراته جـ ١ ص ٧٧ وما بعدها . وانظر كارنيلوتى فى مطوله جـ ١ . ١٩٥٨ ص ٦٥ بند ٣٧ والذى يؤكد ان القضاء الولائى هو نشاط قضائى فى غايته ووسيلته .

"la giurisdzione volontaria Sia veramente giurisdizione ritulta dal fine come dal mezzo ".

ســـاتا ، بند ٤٩٦ ص ٥٩٨

وانظر كذلك

Bazot. Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référe 1926

مشار اليه فى رولاند ـ رسالة ص ٢٦٥

Hebraud. Chambere du conseil, 1946 p. 334 Motulsky, les ordonnances sur réquête. Lille, 1964 p. 63.

ولقد لاقى هذا الاتجاه تأييدا من فقهائنا (٨) ، ويستدلون على ذلك بدلائل كثيرة ، منها أنه أداة لحل مشكلة قصور الارادة الفردية فى تحقيق أو استعمال بعض المراكز القانونية ، فضلا عن التسمية المستقرة بانه **قضاء ولائى** (٩) .

٤ ـ الرأى الراجح :

ولكننا لا نسلم بهذا الرأى ، ونذهب مع من ذهب من قبلنا (١٠) الى أن الأعمال الولائية ، وان كانت تصدر عن القضاء ، الا أنها لا تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق وذلك للأسباب الآتية :

ـ أن القانون كثيرا ما لا يعترف للارادة الخاصة بقدرتها وحدها على تكوين أو ترتيب مراكز أو آثار قانونية معينة ، ويستلزم تدخل جهات ادارية معينة للقيام بهذه المهمة ، مثل مكاتب التوثيق بالنسبة للتصرفات العقارية ، هبة أو بيعا أو نقلا للملكية . ومع ذلك لم يقل قائل بأن مكاتب التوثيق تعتبر جهات قضائية أو تباشر مهمة قضائية .

ـ العمل القضائى يفترض دائما سبق وجود رابطة قانونية فى حين ان العمل الولائى لا يفترض سبق وجود هذه الرابطة .

ـ ان تسمية النشاط الولائى للقاضى بأنه قضاء Jiuridiction ليست كافية لاسباغ الطبيعة القضائية للأعمال الولائية ، لأن هذه التسمية كانت محلا لانتقاد البعض .

ـ ان قيام القضاء بهذه الاعمال لا يعطيها الطبيعة القضائية ، حيث أن قيام القضاء بذلك كان لاعتبارات تاريخية بحتة ، كما أن القضاء

---

(٨) وجدى راغب ، رسالة ، ص ١٣٠ ، مبادىء ص ٧٠ ، محمد عبد الخالق عمر ـ النظام القضائى المدنى ، ١٩٧٦ ، ص ١٧ . أحمد ماهر زغلول ـ رسالة ص ٣٨٩ .

(٩) أنظر وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠ وما بعدها .

(١٠) فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ٦٠ ـ ٦١ ، الوسيط ص ٣٩ .

يقوم أيضا ، وبصفة مستمرة ، بأعمال ادارية ، ولم يقل قائل بأنها أعمال قضائية لمجرد صدورها عن القضاء .

- لا يعقل أن تختلف طبيعة العمل الواحد لمجرد اختلاف مصدره .

نخلص من كل ما تقدم أن الأعمال الولائية لا تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، لذلك فمن المنطقى أن يختلف نظامها القانونى عن نظام الأعمال القضائية . فالأعمال الولائية تصدر فى غير اجراءات الخصومة ، وبغير مراعاة لمبادئها وقواعدها ، كما أنها لا ترتب ما ترتبه الأعمال القضائية من اثار ، وأهمها الحجية القضائية واستنفاد ولاية من يصدرها ، ولا تخضع الأعمال الولائية لطرق الطعن المقررة للأحكام . فضلا عن تمتع القاضى بسلطة واسعة بالنسبة للأعمال الولائية أكثر من تلك المقررة له بالنسبة للأعمال القضائية (١١) .

واذا كان العمل الولائى ، يختلف عن العمل القضائى ، فان ذلك لا يعنى أن العمل الولائى يعتبر عملا اداريا ، نظرا لاختلاف الوظيفة فى كل منهما ، اذ أن الادارة تباشر وظيفتها تحقيقا لأهدافها ومصالحها الذاتية ، بعكس القضاء الذى يباشر أعماله لتحقيق مصلحة ذاتية ، وانما مصلحة للغير (١٢) . فضلا عن أن الأصل فى نشاط الدولة الادارى هو التلقائية ، على عكس القضاء فى وظيفة الولائية فلا يباشرها الا بناء على طلب ويلتزم القاضى بالرد عليه ، والا اعتبر منكرا للعدالة ، بعكس الادارة فيفسر سكوتها عن الاجابة على الطلب فى خلال مدة معينة على أنه رفض له . كما أن الادارة تعتبر طرفا فى العمل فى حين أن القضاء

---

(١١) راجع فى ذلك كله . فتحى والى . ص ٤٥ وما بعدها ، نورمان جاك - القاضى والنزاع بند ٩ . محمود هاشم - الجزء الأول من الطبعة الأولى ، ص ١٣٨ وما بعدها .

(١٢) ساتا - المرافعات ص ٥٩٩ بند ٤٤٦ . فتحى والى . الوسيط ص ٣٩ قانون القضاء ص ٦٠ - ٦١ . ابراهيم سعد ص ٩١ . وجدى راغب . رسالة ص ١٢٨ .

لا يعتبر كذلك ، ولا يخضع القاضى لمبدأ التدرج الرئاسى المطبق فى الادارة . ومرجع ذلك كله اختلاف الوظيفة التى يصدر عنها العمل الولائى عن تلك التى يصدر عنها القرار الادارى (١٣) . فالوظيفة الولائية ، انما تعد وظيفة خادمة أو تابعة لوظيفة القضاء الرئيسية ، وهى من طبيعة خاصة أو شكل خاص لنشاط الدولة (١٤) . الا أنه لا يعتبر نشاطا قضائيا بالمعنى الفنى .

المطلب الثانى

معيار الأعمال الولائية

٨٨ - واذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة العمل الولائى ، الا أنهم أجمعوا - مع ذلك - على ضرورة تمييزه عن العمل القضائى (١٥) ، وهنا تشعبت الآراء ، وتعددت الاتجاهات (١٦) . ونكتفى فى هذا الصدد بالاشارة الى اتجاهين رئيسيين هما :

---

(١٣) انظر فى تفاصيل ذلك . وجدى راغب . رسالة ص ١٢٨ - ١٣٠ . ابراهيم نجيب ص ٩١ - ٩٣ بند ٢٨ . د . فتحى والى ص ٤٨ - ٤٩ .

(١٤) ويراها كيوفندا شكل خاص لنشاط الدولة

partecolare forma di attività dello stato, esercita in parte degli organi giudiziari, in parte degli amministrativi e appartenènte alla funzione amministrativa, **principii p. 315.**

وينتهى أنصار الاتجاه القضائى فى العمل الولائى الى ضرورة تمييزه من ناحية عن العمل الادارى ومن ناحية أخرى عن العمل القضائى ، ويقررون أن العمل الولائى وجه من أوجه النشاط القضائى دون أن يكون وظيفة مستقلة قائمة بذاتها (ابراهيم سعد ص ٩٣ ، وجدى راغب ، رسالة ص ٩٨) .

(١٥) اذ أن هناك من ذهب الى عدم أهمية التمييز بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية ، على أساس أن المشرع المصرى قد نظم أهم صور الأعمال الولائية ، وهى الأوامر على العرائض . (أنظر محمد حامد فهمى . ص ٢٤ ، أبو الوفا ، المرافعات ، بند ٥٦٤ ، نظرية الأحكام ، بند ٢٤ ، أمينة النمر ، أوامر الأداء فى القانون المصرى والتشريعات الأجنبية ١٩٧٠ ص ٣٢ - ٣٣ ، عبد الباسط جميعى ، مقالة ص ٦٣٠ - ٦٣١) .

(١٦) نظر الطبعة الأولى من هذا المؤلف ، جـ ١ ، ص ١٤١ هامش ٢٦ .

٨٩ ـ الاتجاه التقليدى انتفاء النزاع :

الرأى السائد فى الفقه المقارن (١٧) ، يذهب الى القـــول بأن الأعمال الولائية تصدر فى غير خصـــــومة وبغير خصـــــوم ، ni litige, ni adversaire بعكس الأعمال القضائية . ولقد أخذ بذلك المشرع الفرنسى بالفعل (١٨) . فالعمل اذن يكون قضائيا اذا كان فاصلا فى نزاع قائم بين الخصـــوم ، ويكون ولائيا اذا صـــدر فى غير خصـــومة .

نقـــــد :

واذا كانت الغلبة لهذه النظرية ، الا أنها لا تعنى سلامة منطقها ، وما انتهت اليه من نتائج ، فمن السهل توجيه سهام النقد اليها (١٩) .

---

(١٧) جلاسون وتيسييه ـ المطول ج ١ ص ٣٢ بند ١٢ . جابيو ، المرافعات ص ١٤٨ بند ١٦٤ ، ص ١٦٩ ـ ص ١٥٠ ـ ١٥١ ، وسوليس وبيرو ص ٤٤٨ بند ٤٨٦ . جارسونيه وسيزار برى ج ٨ بند ١٣٦ طبعة ثالثة ، وفزيوز بند ٥١ ص ٢٤١ وما بعدها ، وهيبرو مقالة عن العمـــل القضائى ـ المشار اليه ص ١٣٤ وما بعدها ، وتعليقه على قانون غرفة المشورة (الوز سنة ١٩٤٦ ص ٣٣٥ ـ ١) . كوشيز جيرارد . المرافعات المدنية . ص ١٢٨ بند ٢١٦ . بلانيول موريس . رسالة ص ٦٩ وما بعدها . وانظر فى الفقه الايطالى ليبارى . دروس ، ص ١٢ بند ٦ .

وفى الفقه المصرى . محمد حامد فهمى ص ٢٠ ـ ٢٤ ، العشماوى ج ١ ص ٢٣٠ بند ١٩٢ ، ص ٢٣١ بند ١٩٣ . ابراهيم نجيب سعد ص ٩٨ وما بعدها بند ٣٢ ، محمد عبد الخالق عمر . رسالة فى فكرة عدم القبول المشار اليها بالفرنسية ص ١٠٢ .

(١٨) وذلك بالقانون ١٥ يوليه سنة ١٩٤٤ الخاص بتنظيم غرفـــة المشورة ، وانظر تعليق لهيبرو على هذا القانون
Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 D. 1946 p. 335.

كما نصت المادة ٢٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على ذلك صراحة بقولهـــا :
"le juge statue en matière gracieuse lorsqu, en demande dont la loi exige... ".

(١٩) انظر فى نقد هذه النظرية وجدى راغب ، رسالة ص ١١٨ . عبد الباسط جميعى . مقالة ص ٦٣٢ وما بعدها . عبد الخالق عمر ص ٦٧ ـ ٦٨ . فتحى والى . الوسيط ص ٤١ ـ ٤٢ .

فهى تقوم على أن وظيفـــــة القضاء هى حسم المنازعات أو فضها ، وقد ثبت لنا فيما سبق فساد هذا المنطق ، لأن القضاء يقـــوم بازالة عوارض النظام القانونى ، بغض النظر عن وجود النزاع أو عـــدم وجوده . كما أن كثيرا من الأعمال القضائية ، تصدر فى غير منازعة ، كالأحكام الغيابية وأوامر الأداء ، كما أن هناك أعمالا ولائيـــة تقترن بالمنازعة .

٩٠ ـ الاتجاه الحديث ـ الدور المنشىء للأعمال الولائية :

ابرز الفقيه الألمانى wach الدور المنشىء للأعمال الولائية واتخذ من هذا الدور معيارا لتمييزها وقد انتقل هذا الاتجاه الى الفقه الايطالى على يد الفقيه الكبير كيوفندا وغيره من الفقهاء (٢٠) .

ومضمون هذا الاتجاه ، أن العمل الولائى يتميز بأنه ينشىء دائما مركزا قانونيا جديدا (٢١) ، بعكس العمل القضائى الذى يكون محله

---

(٢٠) انظر كيوفندا مبادىء ـ نظم ج ٢ ص ١٧ . ومبادىء ص ٣١٦ أوجو روكو . المطول ص ١١٦ ج ١ . وروكو الفريدو ـ الحكم المدنى ص ١٧ . لوجو اندريا . الموجز ص ١٥ بند ٧ . كوستا بند ٥٥ ص ٧٩ . أنيارى ـ ص ١٢ بند ٦ .

(٢١) وفى ذلك يقول كيوفندا ان للقضاء الولائى على عكس (القضاء بمعناه الفنى) هدف منشىء ، فالأعمال الولائية تنشىء حالات قانونيـــة جديدة . أو يساهم فى سير روابط قائمة

la giuris, Valo. ha...sempre uno scopo costiutivo gli atti di giuris. volon. Tenendono sempre alla costituzione distati gitridici nuovi o cooperano allo svlgiment di rapporti esistenti, principii p. 316.

وبنفس المعنى زانزوكى ص ٤٦ بند ٤٥ . ويقول لوجواندريا أنه فى كافة صور القضـــاء الولائى ، يتدخل القاضى عامة بنـــاء على طلب صاحب المصـــلحة بغرض انشـــاء روابط قانونية ، ولكنه لا يحقق حماية لحق معتدى عليه

l'organo giuris. intervene-al fine di costituire rapporti guiridici ma non provvede alla tutela del diritto violato p. 1: — 15 No. 7.

ويفصل أوجو روكو فى الأمر بقوله : ان القضاء بمعناه الفنى وهو الذى

دائما رابطة قانونية سابقة ، فالعمل القضائى يفترض دائمـــا وجود خصمين ، يطلب أحدهما حمايته فى مواجهة الآخر ، ولذا يتدخـــل القضاء ، حالا بنشاطه محل الفرد الممنوع من اقتضاء حقوقه بنفســـه وبوسائله فى تحقيق هذه الحماية . أما فى العمل الولائى فلا يوجـــد خصمان ، كما لا يوجد مال معين ، تجب حمايته من الآخرين ، ولا توجد قاعدة يجب تطبيقها على الطرف الآخر ، ولكن توجد حـــالة قانونية stato giuridico أو مركز قانونى ، لا يمكن أن ينشأ ، أو يسير أو يتطور بفاعلية الا بعد تدخل القضاء .

وتجد هذه النظرية من يؤيدها فى الفقه المصرى (٢٢) ، ومن جانبنا نحن فلا نملك الا أن نؤيد هذه النظرية ، لسلامة منطقها ، وقوة حجتها ، ولا ينال منها ما يدعيه البعض من صعوبة التفرقة بين الأعمال المنشئة والأعمال المقررة ، لأنها تفرقة دقيقة ، وما زالت محـــلا للخلاف (٢٣) ، اذ أن صعوبة التفرقة ـ على فرض وجودها ـ لا تنفى وجود ما يعد منشئا وما يعد مقررا ، كما لا ينال منها ما يقول به البعض بأن هناك أعمال ولائية مقررة ، أى تقرر وتؤكد مراكز قانونية سابقة

يكون محله روابط قانونية (المطلوب حمايتها) سبق تكوينها وتحققت كافة شرائطها القانونية ، بعكس القضاء الولائى الذى يتدخل فى تكوين روابط قانونية

la g.urisdizion vera...ha per oggetto...rapporti...siano gia Formati... e già verificati tutte le condizioni... nella giuris. volont. invece lo stato inteviene nella formazione dei rapporti giuridici. p. 116.

(٢٢) فتحى والى . قانون القضاء المدنى ص ٦٨ بند ٢٩ ـ الوسيط ص ٤٢ . وجدى راغب رسالة ص ١٢٢ . مبادىء ص ٦٧ .

(٢٣) انظر

Raynand p. la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constiutifs. T. II 1959 p. 377.

مشار اليه فى ابراهيم سعد ص ٩٧ هامش (١) . وجابيو ص ١٣٩ وما بعدها بند ١٥٣ . رولاند . رسالة ص ١٥٠ وما بعدها .

مثل التبنى فى فرنسا (٢٤) اذ أن القاضى يقرر حقوق وواجبات المتبنى والمتبنى ويؤكد صفتها ، وكذلك اثبات الوفاة فهذه أعمال ترتب آثارا تقريرية (٢٥) لأن هذه الأعمال (التبنى واثبات الوفاة) ، هى فى حقيقتها أعمال منشئة لحالات قانونية وان كانت ذات أثر تقريرى بالنسبة لوقائع مادية . ومن ناحية أخرى ، فان هذه الأعمال ـ على فرض أنها تقريرية ـ فانها تمثل مجرد حالات قليلة لا تنال من القاعدة العامة فى أن الأعمال الولائية ذات أثر منشىء دائما .

كما لا ينال من النظرية أيضا القول بأن هناك من الأعمال القضائية بالمعنى الفنى ما يكون لها هذا الأثر المنشىء مثل الحكم بالتطليق أو بالفسخ . اذ أن هذه الأحكام المنشئة يكون محلها دائما روابط قانونية سابقة ، تكونت قبل صدورها وينشأ عنها الحق فى احداث التغيير ، بالانشاء أو التعديل أو الانهاء وهو حق لشخص فى مواجهة آخر . أما الأثر المنشىء للعمل الولائى فلا يكون محله رابطة قانونية سابقة (٢٦) .

---

(٢٤) رولاند . حجية الأمر المقضى واعتراض الخصم الثالث ص ٣٣٥ بند ٢٩٠ . ابراهيم سعد الاشارة السابقة .

(٢٥) سوليس وبيرو ص ٤٥٥ بند ٤٩٤ . محمد عبد الخالق عمر المرافعات ص ٦٩ ـ ٧٠ . ابراهيم سعد الاشارة السابقة .

(٢٦) أنظر فتحى والى ـ الاشارة السابقة . وجدى راغب ـ مبادىء ص ٧٨ . كيوفندا ص ٣١٦ ـ ٣١٧ .

المبحث الثانى

الأعمال الولائية ونظامها القانونى

المطلب الأول

تقسيمات الأعمال الولائية

٩١ ـ صعوبة حصر الأعمال الوقتية :

بذل فقهاء القانون المقارن مجهودا كبيرا ، فى محاولة منهم لحصر أو حتى تصنيف الأعمال الولائية (٢٧) ، غير أن هذه المحاولات جميعها لم تستطع حصر تلك الأعمال (٢٨) ، وانما استطاعت أن ترد مختلف الأعمال الولائية الى نوعين أساسيين هما :

١ ـ أعمال توثيق وتصديق :

وهى تلك التى تضفى الصفة الرسمية على بعض تصرفات الأفراد التى يتطلب فيها القانون ذلك ، مثل اثبات الصلح بين الخصوم بمحضر الجلسة (م ١٠٣ مرافعات) ، واثبات الغيبة ، واثبات الوفاة وحصر الورثة (الاعلام الشرعى) . والتصديق على بعض التصرفات كالتبنى .

٢ ـ أعمال اذن واجازة وتعيين :

وهى الأعمال التى يقوم بها القاضى والتى ياذن فيها بالقيام بتصرف معين لا يتم الا بهذا الاذن ، كالاذن للوصى بشراء عقار للقاصر ، أو الاذن بوضع الأختام ، والاعلان فى غير مواعيد العمل الرسمية ، والاذن بتوقيع

---

(٢٧) أنظر هذه المحاولات ، جميعى ، مقالة ، ص ٥٩٣ ، محمد حامد فهمى ، بند ٢٢ ؛ أحمد مسلم ، أصول ـ الاشارة السابقة . فتحى والى ، ص ٧٠ ـ ٧١ . ابراهيم سعد ص ٨٨ ، جلاسون وتسيبه ، جـ ١ ، ص ٣٠ كيوفندا . مبادىء . ص ٣١٩ ؛ زانزوكى ، جـ ١ ، بند ٤٦ .

(٢٨) قارن أبو الوفا ، المرافعات ، ط ٤ ، بند ٥٦٣ ص.٧٥٤ .

الحجز الاحتياطى ، أو تلك التى يجيز فيها عمل تم قبل ذلك ، مثل الموافقة على الحساب المقدم من الوصى ، أو اجازة أعمال المصفى . أو تلك الأعمال التى يقوم فيها القاضى بتعيين وصى للقاصر أو قيم للمحجور عليه أو مصفى لتركة ، ومراقبة هؤلاء وعزلهم .

المطلب الثانى

النظام القانونى للأعمال الولائية

٩٢ ـ نظم مختلفة :

رأينا فيما تقدم أن الأعمال الولائية كثيرة ومتنوعة ، ولا تدخل تحت حصر . وكان ما تقدم مجرد محاولة لتصنيف تلك الأعمال . غير أن هذه الأعمال ، على تباينها واختلافها ، يجمعها اطار واحد ، هى أنها لا ترتب حجية الأمر المقضى ، ولا تستنفد ولاية من يصدرها ، الذى يكون له الرجوع عنها والعدول عما اتخذه فيها ، واصدار ما يخالفها بشرط أن يسبب تلك الأعمال المخالفة . كما أن الأعمال الولائية لا تخضع لما تخضع له أحكام القضاء من حصانات وأهمها الطعن عليها بطرق الطعن فى الأحكام ، وانما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانها (٢٩) .

وعلى الرغم من ذلك ، فلم يشأ المشرع المصرى أن يخضع الأعمال الولائية لنظام قانونى واحد ، بل أخضعها لنظم مختلفة (٣٠) حيث :

ـ اعترف المشرع للقضاء بسلطة تقديرية واسعة فى بعض الأعمال الولائية ، مثل تلك المتعلقة بأعمال الولاية على المال ، فى حين أنه لم يعترف للقضاء بأى سلطة فى أعمال أخرى ، مثل تلك المتعلقة بالتوثيق اذ يقتصر دور القاضى فيها على مجرد اثبات الأمر أو مراقبته .

---

(٢٩) أبو الوفا ـ ط ١٣ ، ١٩٨٠ ص ٧٢٦ بند ٥٦٩ ، فتحى والى ، الوسيط بند ٢٠ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠ .

(٣٠) وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى ، ص ٦٩ .

- غاير المشرع فى النظام الاجرائى الذى تخضع له الأعمال الولائية فحدد شكلا عاما للعمل الولائى هو الأمر على عريضة فى مسائل المعاملات، الذى يصدر فى اجراءات حددها فى المواد من ١٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات . فى حين أنه نظم شكلا اجرائيا آخر للعمـــــل الولائى الذى يصدر فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والولاية على المال ، فتصدر فى شكل أحكام من المحكمة فى غرفة المشورة بناء على عريضة تقدم من ذوى الشأن او من النيابة العامة ، فى جلسة بغرفة المشـــورة يحضرها ذوو الشأن من الذين أخطرهم بها قلم الكتاب وكذلك ممثـــل للنيابة العامة ، وتخضع هذه الأحكام لطرق طعن يحددها القانون (المواد ٨٦٩ - ٨٨٥ من قانون المرافعـــــات الملغى والتى ما زالت سارية) (٣١) .

واذا كان القانون قد حدد نظما مختلفة للأعمال الولائية ، الا أنه قد وضع تنظيما عاما لها . يكون واجب الاتباع بالنسبة لكل الأعمال الولائية التى لم ينص المشرع على نظام خاص بها . وهذا النظام العـام هو نظام الأوامر على العرائض ، ونظرا لأهمية هذا النوع من الأوامر ، فاننا نفرد له مبحثا خاصا .

---

(٣١) عبد الباسط جميعى - محمود هاشم . المبادىء العامة للتنفيذ ، ص ١٣٢ ، العشماوى ، بند ٢٤٣ ، أمينة النمر - التنفيذ الجبرى ١٩٧٢ ، ص ٦٧ ؛ فتحي والي ؛ ص ٧١ . قارن وجدى راغب - مبادىء ، ص ٧٠٠ .

المبحث الثـــالث

الأوامر على العرائض (٣٢)

٩٣ ـ تمهيـــــــد :

رأينا فيما تقدم أن الأوامر على العرائض ، تعد أهم الأعمـــــال الولائية ، وأكثرها وقوعا فى العمل .

ودراسة علمية لهذه الأوامر تقتضينا أن نبدأ بتحديد فكرة نظام الأوامر على العرائض وحالاته ، ثم نبين النظام الاجرائى لها ، وأخيرا لطرق مراجعتها وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

فكرة الأمر على عريضـــة وحالاته

٩٤ ـ فكرة الأمر على عريضة :

الأمر على عريضة عبارة عن قرار القاضى فى الطلب المقدم اليه فى غيبة الخصوم ، أى بغير اعلان لعريضته قبل صدوره . وهو لذلك يختلف عن الأحكام القضائية من وجوه كثيرة ، لعل أهمها أنه يصدر بغير مواجهة وفى غير اجراءات الخصومة العادية ، كما أنه يصدر فى اليوم التالى لتقديم العريضة على الأكثر ، على تفصيل نورده فى موضعه .

والأمر على عريضة هو صورة من صور الأعمال الولائية ، بل هو أهمها جميعا ، بل يعد نموذجها العام (٣٣) .

---

(٣٢) أنظر دراسة تفصيلية لها . سيزار برو ـ هيبرو وسنيول ، جـ ٢ ، الأوامر على عرائض سنة ١٩٧٠ . وانظر بحث لنا بعنوان المنع من السفر فى غير المواد الجنائية ـ دار الفكر العربى ١٩٨٥ ، ص ٧٣ وما بعدها والمراجع التى أشرنا اليها .

(٣٣) أبو الوفا ، بند ٥٦٤ ، عبد الباسط جميعى ، مبادىء ، ص ١٦٧ ، العشماوى ، بند ٢٣٣ . فتحى والى ، ص ٧١ . محمود هاشم . استنفاد ولاية القاضى المدنى ، ص ١٩٨ ـ قارن وجدى راغب ، مبادىء ص ٧٠٠ ـ ٧٠١ .

والأمر على عريضة من أهم الأعمال الولائية ، وأوسعها انتشارا ووقوعا فى الحياة العملية . لهذا اهتم بها المشرع ، ووضع لها تنظيما تفصيليا فى المواد ١٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات .

٩٥ ـ حالات الأوامر على عرائض :

أورد المشرع ، فى نصوص متفرقة ، حالات معينة استلزم فيها اتباع نظام الأوامر على العرائض ، ومن أمثلتها طلب تعيين وصى للتركة (٩٣٨ مرافعات) ، والأمر باختصاص الدائن بعقارات مدينه (م ١٠٨٩) والأمر بتقرير نفقة وقتية من التركة (٩٥٠) والاذن بتوقيع الحجز التحفظى (٣١٩) ، وبيع الأموال المنقولة فى غير مكانها (٣٧٧) أو الاذن باجراء الاعلان فى غير المواعيد المسموح بها أو بتنقيص المواعيد الاجرائية أو بمدها (م ٦٦ ، ١٧٥ مرافعات) ، والأمر بوضع الأختام ورفعها (٩٥٥ ، ٩٦٠ مرافعات قديم) . ثم أورد المشرع فى المادة ١٩٤ عبارة عامة تقضى باتباع اجراءات الأوامر على العرائض فى « الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر .. » . وقد أدى هذا الموقف الى الخلاف الفقهى بين الشراح حول تحديد حالات الأوامر على العرائض وهل هى محددة على سبيل الحصر أو أنها ليست كذلك ؟

فذهب بعضهم الى أن الحالات التى يجب اتباع اجراءات الأوامر على العرائض بشأنها قد حددها القانون على سبيل الحصر ، لأنها حالات استثنائية خاصة ، ولا يطبق لذلك ، هذا الطريق على غير هذه الحالات (٣٤) .

---

(٣٤) أحمد أبو الوفا ـ اجراءات التنفيذ ، ص ١٢٦ ، هامش (٢) ، والمرافعات ط ١٤ ، ص ٧٥٥ ، هامش (٣) . أمينة النمر ـ قوانين المرافعات جـ ١ ، ١٩٨٢ ، ص ٥٢٠ . محمد حامد فهمى ، بند ٤٣ ، محمد كمال عبد العزيز ، ط ٢ ، ص ٣٧٧ .

وذهب البعض الآخر (٣٥) الى أن نص المشرع على حالات معينة للأوامر على العرائض ، لا تعتبر منه تحديدا حصريا لهذه الحالات ، وانما مجرد أمثلة لها ، ولذلك يجوز للقاضى أن يصدر أوامر على عرائض فى حالات لم يرد بشأنها نص فى القانون . ولا شك أن هذا الرأى الأخير هو الجدير بالتأييد فى رأينا فى ظل التنظيم الحالى لنظام الأوامر على العرائض ، اعمالا لعموم نص المادة ١٩٤ من قانون الحالات ، والتى جاءت بصيغة العموم (فى الحالات) والتى هى للاستغراق والشمول . كل ما فى الأمر أن يكون للخصم وجه فى استصدار الأمر ، أى أن يكون له سند فى استصداره ، سواء كان نص القانون أو قاعدة عرفية أو غير ذلك، وأن تكون للخصم مصلحة قائمة وحالة تطبيقا لنص المادة ٣ من قانون المرافعات .

المطلب الثـانى

النظام الاجرائى للأوامر على العرائض

٩٦ - تقســيم :

الحديث عن النظام الاجرائى للأوامر على العرائض ، يستلزم تحديد جهة الاختصاص باصدارها ، وبيان اجراءات استصدارها ، وذلك على التفصيل الآتى :

الفــرع الأول

الاختصاص باصدار الأوامر على العرائض

تولت المادة ١٩٤ من قانون المرافعات تحديد الجهة المختصة باصدار الأوامر على عرائض ، وحددته فى « قاضى الأمور الوقتية بالمحكمــة

---

(٣٥) العشماوى ، ج ١ ، ص ٢٣٣ ، بند ١٩٦ . فتحى والى ، ص ٨٨٢ ، الوسيط ، جميعى - شرح قانون الاجراءات المدنية ، ص ١٥٠ . مصطفى هرجة - الجديد فى الأوامر على العرائض . دار الثقافة للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ ، ص ١٢ ، الذى عرض لنماذج قضائية لحالات صدرت فيها أوامر على عرائض دون استناد الى نص فى القانون ؛ قارن وجدى راغب ، ص ٧٠٢ - ٧٠٣ .

المختصة ، أو رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى » كما وأن المادة ٢٧٥ من القانون ذاته قد نصت على أن قاضى التنفيذ « يختص باصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ » .

يبين مما تقدم أن المشرع لم يمنح الاختصاص باصدار الاوامر على العرائض الى المحكمة منعقدة بكامل هيئتها ، وانما جعله من اختصاص قاض فرد من قضاتها ، اختصاصا نوعيا (٣٦) ، هو قاضى الأمور الوقتية بها أو رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى .

هذا وقد راعى المشرع فى تحديد الاختصاص النــــوعى باصدار الأوامر على العرائض التفرقة بين فرضين : الأول : هو الأوامر التى تتعلق بمنازعات لم ترفع بعد الى القضاء وهذه جعلها من اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة . والثانى : الأوامر التى تتعلق بمنازعات معروضة بالفعل الى القضاء ، وهذه جعلها من اختصاص رئيس الهيئة التى تنظرها .

٩٧ ـ أولا ـ قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة :

وهو القاضى المختص باصدار الأوامر على العرائض التى تتصــــل بمنازعات لم تعرض بعد على القضاء ، وهو بحسب الاختصاص النوعى والمحلى بنظر هذه المنازعات .

١ ـ قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية :

وهو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتهـــا (م ٢٧ مرافعات) . ويجرى العمل فى بداية كل عام قضائى أن تندب الجمعية العمومية للمحاكم الابتدائية بعض القضاة للقيام بهذه المهمة . وهذا لا يخل بما لرئيس المحكمة أو من يقوم مقامه من اختصاص بالعمل

---

(٣٦) وجدى راغب ، مبادىء ـ ص ٧٠٥ ، أحمد مسلم ، بند ١٢٦ . وهو لذلك متعلق بالنظام العام ، يترتب على مخالفته وجوب امتناع القاضى عن اصدار الأمر والا كان باطلا . (فتحى والى ص ٨٨٢) .

كقضاة للأمور الوقتية . وبالتالى لا يجوز عرض الأوامر على العرائض الا على رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أو من تم ندبهم لذلك .

٢ ـ قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الجزئية :

وهو قاضيها (م ٢٧) ، ويختص هذا القاضى بصفته قاضيا للأمور الوقتية باصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بالمنازعات التى تدخل فى اختصاصه ، نوعيا أو قيميا . فلا يختص غيره بها ، ولا يختص هو باصدار الأوامر المتعلقة بمنازعات تخرج عن اختصاصه ، لدخولها فى اختصاص المحاكم الابتدائية ، أو فى اختصاص المحاكم الجزئية المتخصصة ، مثل المحاكم العمالية والتجارية الجزئية ، حيث يكون قاضى هذه المحاكم هو قاضى الأمور الوقتية بالنسبة للأوامر التى تتعلق بالمنازعات التى تدخل فى اختصاصه (٣٧) .

٣ ـ قاضى التنفيذ بصفته قاضيا للأمور الوقتية :

ويختص وحده باصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ (م ٢٧٥ من قانون المرافعات) ، ما لم ينص القانون على اختصاص قاض آخر باصدار الأوامر على العرائض فى بعض منازعات التنفيذ ، مثل اختصاص مامور التفليسة بالأوامر المتعلقة بالتفليسة ، وقاضى الأداء باصدار الأمر بتوقيع الحجز التحفظى فى الحالات التى يتم الحجز فيها بناء على سند نتوافر فيه شروط اصدار أمر بالأداء .

ـ صعوبة عملية :

اذا كان قاضى التنفيذ فى نظامنا يصدر أحكاما موضوعية فى المنازعات الموضوعية فى التنفيذ ، وأحكاما وقتية فى منازعات التنفيذ الوقتية (اشكالات التنفيذ) وأوامر على عرائض فى الأوامر المتعلقة بالتنفيذ ، فان أعمال هذا القاضى ، والأمر كذلك ، لا تصدر الا فى صورة

---

(٣٧) فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٨٨٢ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٤ .

أحكام قضائية (موضوعية أو وقتية) ، أو فى صورة أوامر على عرائض. وهذه وتلك لا تصدر منه الا بناء على طلب ذوى الشأن فى صورة دعوى أو عريضة . فهل يستطيع هذا القاضى أن يصدر أوامر تتعلق بالتنفيذ فى غير هاتين الصورتين ؟ أى فى صورة التأشير بالأمر أو القرار على أوراق التنفيذ . بناء على عرض هذه الأوراق عليه بواسطة المحضر ؟

ذهب رأى (٣٨) الى عدم جواز استخدام القاضى سلطته فى اصدار أوامر تتعلق بالتنفيذ ، الا فى هاتين الصورتين بناء على طلب أى من ذوى الشأن ، بينما ذهب رأى ثان (٣٩) الى جواز ذلك حتى يتحقق الاشراف على التنفيذ ، ويعتبرون أن قرار قاضى التنفيذ على أوراق التنفيذ بمثابة أوامر على عرائض يجوز التظلم منها .

ولكننا لسنا من هذا الرأى اعتبارا بأن سلطة الاشراف على التنفيذ المقررة لقاضى التنفيذ لا تجيز له اصدار قرارات تتعلق بالتنفيذ الا فى شكل أحكام أو أوامر وقتية ترفع اليه بالطرق المحددة نظاما ، بناء على طلب ذوى الشأن . أما سلطة الاشراف فتعطيه فحسب سلطة اصدار أوامر ادارية من شأنها ازالة المعوقات المادية للتنفيذ .

وعلى ذلك لا يجوز لقضاة التنفيذ التأشير على الأوراق بوقف التنفيذ أو بارجائه . كما لا يجوز لهم اصدار أوامر وقتية بوقف التنفيذ ، لأن وقف التنفيذ لا يتم الا بناء على نص القانون كأثر لرفع اشكال أو دعوى استرداد ، أو حكم قضائى يصدر من قاضى التنفيذ فى دعوى ، أو من محكمة الطعن فى طلب وقف التنفيذ .

هذا ويقدم طلب اصدار الأمر الوقتى ، الى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة وفقا لقواعد الاختصاص النوعى والمحلى للمحاكم (٤٠) .

---

(٣٨) محمد كمال عبد العزيز ، ص ٥٤٣ .

(٣٩) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق ، ص ٨٣١ . ويؤيد هذا الرأى مصطفى هرجة ، ص ٣١ - ٣٢ . وهو الاتجاه الذى يجرى عليه العمل فعلا .

(٤٠) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٥ .

٩٨ ـ ثانيا : رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى :

اذا اتصل الأمر على عريضة بدعوى مرفوعة بالفعل الى القضاء جاز للخصم الالتجاء الى رئيس الهيئة التى تنظر هذه الدعوى ، سواء كان هو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية ، أو القاضى الجزئى الذى ينظر الدعوى الموضوعية ، أو رئيس دائرة محكمة الاستئناف .

٩٩ ـ ولاية اصدار الأوامر على العرائض :

يعد قاضى الأمور الوقتية مكونا من مكونات جهة القضاء العادى ، وتتحدد ولايته بالتالى ، بما تتحدد به ولاية القضاء العادى . فتنحسر عنه كل ما ينحسر عن ولاية هذا القضاء ، وعليه ، فلا يملك قاضى الأمور الوقتية اصدار أوامر على عرائض ، تتعلق بعمل من أعمال السيادة ، ولا بقرارات أو عقود ادارية ، ولا بوقف تنفيذ حكم صادر عن جهة القضاء الادارى (٤١) ، ولا بعمل يدخل فى الاختصاص المنفرد لجهة أخرى ، كجهة تحقيق معينة (٤٢) .

فاذا عرضت على قاضى الأمور الوقتية عريضة أمر يتعلق بعمل من هذا القبيل ، وجب على القاضى رفض اصدار الأمر لانتفاء ولايته ، ولا يكون عليه احالة الأمر الى الجهة ذات الولاية اعمالا للمادة ١١٠ مرافعات .

---

(٤١) الا اذا كان التنفيذ على مال ، فمن المقرر أن قاضى التنفيذ يختص بنظر المنازعات المتعلقة بالتنفيذ على الأموال أيا كانت الجهة التى أصدرت الأحكام المتعلقة بها .

(٤٢) غير أن هذه الحدود غير معروفة ـ للأسف الشديد ـ لبعض قضاة الأمور الوقتية . ومن امثلة الأوامر التى صدرت بعيدة عن حدود المنطق والفهم الصحيح للقانون ، الأمر الوقتى رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٩ مصر الجديدة بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الادارى بوقف تنفيذ قرار حل نادى الشمس . والقرار رقم ٢٢ لسنة ١٩٨١ جنوب القاهرة بمنع المعروض ضده من السفر لاتهامه فى جريمة معاقب عليها ، لأن جهة الاختصاص باصدار الأمر الأخير هو النائب العام .

الفـرع الثـانى

اجراءات اصدار الأوامر على العرائض

١٠٠ ـ العريضة وبياناتها :

تبدأ اجراءات استصدار الأمر على عريضة ، بتقديم طلب محرر بمعرفة الطالب أو وكيله ، من نستخين متطابقتين ، يطلق عليهـــا « عريضة » . ويجب أن تشتمل هذه العريضة على عدة بيانات ، منها وقائع الطلب وأسانيده ، أى موضوع الطلب وأسبابه ، وبيان الموطن المختار للطالب فى البلدة التى يقع بها مقر المحكمة المقدم اليهـــا الطلب ، وأن تتضمن البيانات الدالة على أطراف الطلب ، والطالب والمطلوب صدور الأمر ضده .

ويجب أن يرفق بالطلب المستندات المؤيدة له . ولا يشترط أن يوقع على طلب الأمر على عريضة محام مهما كانت قيمة الطلب (٤٣) . .

١٠١ ـ اصدار الأمر :

متى قدمت العريضة الى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة ، بعد أداء الرسم المقرر عليها ، يقوم قلم الكتاب بعرض الطلب ومرفقـــاته على القاضى فى اليوم نفسه ، بغير اعلان . وعلى القاضى أن ينظر الطلب فى غير جلسة ، ودون حضور أى من الخصوم أو الكاتب ، وعليه أن يصدر أمره كتابة على احدى نسختى العريضة فى اليوم التالى لتقديمها على الأكثر (٤٤) ، وللقاضى سلطة تقديرية فى قبول الطلب أو رفضه كليا أو جزئيا ، حسبما يتبينه من أسباب الطلب . ولا يلتزم القاضى بتسبيب

---

(٤٣) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٦ ، فتحى والى ، الوسيط بند ٣٩٢ ، ص ٨٨٣ .

(٤٤) ولا يترتب على مخالفة هذا الميعاد بطلان ، فهو ميعاد تنظيمى (فتحى والى ـ الاشارة السابقة) .

أمره ، الا اذا كان مخالفا لأمر آخر سبق له أن أصدره والا كان الأمر المخالف باطلا (م ١٩٥) (٤٥) .

وتحفظ نسخة العريضة المدون عليها أمر القاضى بالمحكمة ، وعلى قلم الكتاب تسليم النسخة الثانية من العريضة مكتوبا عليها صورة الأمر فى انيوم التالى لصدوره على الأكثر (م ١٩٦) .

المطلب الثـالث

التظلم من الأوامر على العرائض

١٠٢ ـ تمهيد وتقســـيم :

نظرا لاختلاف الأوامر على العرائض فى طبيعتها عن الاحكام القضائية ، فلم يخضعها المشرع للطرق ذاتها التى تراجع بها تلك الأحكام، وانما أخضعها بطريق خاص هو التظلم منها .

ودراسة متأنية لهذا الطريق ، تستوجب تحديد القواعد التى يرفع بها انتظلم ، ثم القواعد الواجبة الاتباع للحكم فيه . لهذا ينقسم هـــذا المطلب الى فرعين هما :

الفـــرع الأول

قواعد رفع التظلم واجراءاته

يقتضى الحديث عن التظلم ، البدء بتحديد المحكمة المختصـــة بنظره ، ثم الاجراءات التى يرفع بها ، والميعاد الذى يرفع خلاله ، وذلك على التفصيل الآتى :

---

(٤٥) ونذكر بأن مشروع تعديل قانون المرافعات قد أورد تعـــديلا على هذه الفقرة مؤداه أنه اذا كان الأمر مخالفا لأمر سبق صدوره ، أو كان صادرا فى غير الحالات التى ورد بشأنها نص خاص بجواز صدور أمر على عريضة ، فانه يجب فى الحالتين قبل اصدار الأمر الجديد تكليف قلم الكتاب باعلان ذوى الشأن للحضور بميعاد أربع وعشرين ساعة لسماع ملاحظاتهم فى غرفة المشورة وذكر الأسباب التى اقتضت اصدار الأمر والا كان باطلا .

١٠٣ ـ المحكمة المختصة بنظر التظلم :

ويقدم التظلم اما من طالب الأمر اذا ما رفض طلبه كليا أو جزئيا ، واما من الخصم الصادر ضده الأمر (م ١٩٧) (٤٦) . فاذا كان التظلم من طالب الأمر ، فانه يرفع الى المحكمة المختصة التابع لها القاضى الذى أصدر الأمر (٤٧) ، وهى اما المحكمة الجزئية ، واما المحكمة الابتدائية ، بحسب الأحوال . واذا كان التظلم من الخصم الصادر ضده الأمر ، فان له أن يرفع تظلمه الى القاضى الآمر نفسه ، أو الى المحكمة التى يتبعها هذا القاضى (٤٨) ، مع ملاحظة أن رفع التظلم الى القاضى الآمر يمنع التظلم ثانية الى المحكمة المختصة .

ويجوز لطالب الأمر أو لمن صدر عليه الأمر أن يتظلم منه الى محكمة الموضوع تبعا للدعوى الأصلية (٤٩) ، وذلك فى أية حالة تكون عليها ولو أثناء المرافعة » . (م ١٩٨ مرافعات) . سواء كانت محكمة الموضوع هذه محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو حتى محكمة استئناف (٥٠) .

١٠٤ ـ اجراءات رفع التظلم :

يرفع التظلم سواء أمام المحكمة المختصة ، أو القاضى الآمر بعريضة ترفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ٢/١٩٧) يجب أن تشتمل

---

(٤٦) فلا يقبل التظلم من الأمر على عريضة من غير أطرافه ، مهما كانت مصلحتهم فى ذلك (فتحى والى ، بند ٣٩٤) .

(٤٧) لم يجز المشرع رفع تظلم طالب الأمر الى القاضى الآمر نفسه ، اعتبارا بأن هذا التظلم لا يجدى غالبا ، حيث سبق للقاضى أن استمع لوجهة نظر الطالب المسطرة فى الطلب (أبو الوفا ، المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٧٥٩

(٤٨) أبو الوفا ـ ط ١٤ ، ص ٧٥٩ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٨ .

(٤٩) مع ملاحظة أن قيام الدعوى الأصلية أمام المحكمة لا يمنع من رفع التظلم بدعوى مبتدأة الى المحكمة المختصة أو القاضى الآمر بحسب الأحوال (قارن وجدى راغب ، ص ٧٠٨) .

(٥٠) أمينة النمر ـ القواعد العامة فى التنفيذ ، ط ١ ، ص ٥٧ .

على البيانات المنصوص عليها فى المادة ٦٣ مرافعات ، ويتم اعلانها الى الخصم الآخر ، حتى تنعقد الخصومة فى التظلم بين طرفيها .

وأوجب القانون أن يكون التظلم مسببا والا كان التظلم باطلا (م ٣/١٩٧ مرافعات .

على أنه اذا رفع التظلم تبعا للدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع ، فان التظلم ، باعتباره طلبا عارضا ، يرفع فى هذه الحالة اما بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى بشرط اعلانها قبل الجلسة ، واما بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم الآخر ، يثبت فى محضرها (٥١) ، ويشترط كذلك أن يكون التظلم مسببا أيضا فى هذه الحالة (٥٢) .

١٠٥ ـ ميعاد التظلم :

هل يشترط تقديم التظلم من الأمر على عريضة ، فى موعد معين ؟ نفرق فى هذا الصدد بين فرضين :

أ ـ الأول : رفع التظلم باجراءات أصلية :

اذا رفع التظلم باجراءات أصلية أمام المحكمة المختصة أو القاضى الآمر ، فالمشرع ـ كقاعدة ـ لم يحدد ميعادا يجب رفع التظلم خلاله . وبالتالى فيمكن رفعه فى أى وقت . مع ملاحظة أن المشرع قد نص على سقوط الأمر على عريضة ذاته اذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره (٥٣) . مما يؤدى لزوما الى القول ـ عملا ـ بضرورة

---

(٥١) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٨٨٦ ، أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ٧٥٨ ، هرجة ، الجديد ، ص ٣٩ . عكس ذلك الدناصورى وعكاز ، ص ٥٣٨ .

(٥٢) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٨٨٦ ، هامش (١) . مصطفى هرجة ، ص ٣٩ .

(٥٣) على أن هذا السقوط لا يتعلق بالنظام العام ، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يجوز لغير من صدر ضده الأمر التمسك به ، وان كان يجوز له النزول عنه صراحة أو ضمنا (وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٨ . نقض ١٩٦٩/٣/١١ ، المجموعة ، س ٢٠ ، ص ٣٨) .

رفع التظلم خلال هذه المدة ، والا يصبح غير ذى موضوع (٥٤) ، وتنقضى بالتالى المصلحة فى رفعه بعد فوات تلك المدة (٥٥) .

ب ـ الثانى : رفع التظلم باجراءات فرعية :

اذا رفع التظلم من الأمر على عريضة الى المحكمة التى تنظـــر الدعوى الأصلية التى يتعلق بها الأمر ، فانه يجب لقبول التظلم ـ أن يرفع الى هذه المحكمة اما بالاجراءات المعتادة واما شفاها فى الجلسة ، وذلك الى ما قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى الأصلية (م ١٩٨) سواء كانت مدة الثلاثين يوما المشار اليها فى المادة ٢٠٠ مرافعات لسقوط الأمر ، قد انقضت أو لم تكن قد انقضت .

هذا ومن المقرر أن صدور الحكم فى الدعوى الموضوعية التى يتعلق بها الأمر الوقتى تمنع من التظلم منه ، وذلك اعتبارا بأن التظلم لا يعدو أن يكون دعوى وقتية ينتهى أثرها بصدور الحكم الموضوعى (٥٦) .

١٠٦ ـ هل يمكن الاستغناء عن التظلم باستصدار أمر جديد :

تنص المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات على سقوط الأمر على عريضة بفوات مدة الثلاثين يوما على صدوره ، دون تقديمه للتنفيذ . وأن هـــذا السقوط لا يمنع من استصدار أمر جديد ، فهل يجوز لذلك اذن استصدار أمر جديد ، بدلا من التظلم من الأمر السابق ؟ ذهب رأى الى القول بأنه يجوز « للطالب بدلا من أن يتظلم أن يقدم عريضة أخرى لذات القاضى وذلك لأن الأمر لا يستنفد سلطة من يصدره بالنسبة للطلب » (٥٧) .

---

(٥٤) فتحى والى ، الوسيط ، بند ٣٩٤ ، وجدى راغب ، مبادىء ص ٧٠٩ .

(٥٥) وقد أجاز رأى فقهى لطالب الأمر اذا رفض طلبه أن يتظلم منه حتى بعد انقضاء مدة الثلاثين يوما من تاريخ صدوره (أمينة النمر ، ص ٢٥٦ ـ وهذا الرأى محل نظر فى رأينا ، راجع فى ذلك هرجة ، ص ٤٠) .

(٥٦) فتحى والى ، الاشارة السابقة .

(٥٧) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٨

والواقع فى رأينا أن التقدم بطلب استصدار أمر وقتى جديد بدلا من التظلم من أمر سابق ، يكون جائزا ومقبولا من كل من له مصلحة فى الغاء الأمر السابق ، سواء كان هو طالب الأمر الذى رفض طلبه ، أو كان هو المطلوب صدور الأمر ضده ، اذا صدر الأمر فعلا ضده ، حيث يكون له مصلحة فى التعجيل باستصدار أمر جديد خلال أيام قلائل ، بدلا من الانتظار حتى يحكم فى التظلم الذى يرفع بصحيفة دعوى واجبة الاعلان ، وما يستغرقه نظرها من وقت ، خصوصا فى أيامنا هذه التى يستغرق نظر الدعاوى المستعجلة فيها وقتا طويلا . بل لا نتجاوز الحقيقة اذا قلنا أن هذه المصلحة متوافرة ، بشكل أوفر فى جانب الصادر ضده الأمر ، حيث أن القاضى الآمر لم يكن قد سمع وجهة نظره .

الفــرع الثـــانى

اجراءات الحكم فى التظلم

١٠٧ ـ اجراءات نظر التظلم وسلطة المحكمة بشأنه :

يرفع التظلم واعلان صحيفته على النحو المقرر قانونا ، تنشأ أمام المحكمة المرفوع اليها التظلم الخصومة فيه بين طرفى التظلم . ومن المقرر أن دعوى التظلم ، تعد دعوى وقتية ، ومن ثم تفصل فيها المحكمة فى الجلسة الأولى المحددة لنظرها ، ولو لم يحضرها المرفوع ضده التظلم طالما أعلن بها اعلانا صحيحا ولو لغير شخصه . وتسير الخصومة حتى تنتهى بحكم ، وليس بأمر على عريضة ، وقتى فى موضوع التظلم بالغاء الأمر أو بتعديله أو بتأييده ، حسبما تتكشفه من الأوراق . ويتقيد قاضى التظلم بما يتقيد به قاضى الأمور المستعجلة ، من عدم المساس بأصل الحق الذى يتعلق به الأمر على عريضة (٥٨) موضوع التظلم .

---

(٥٨) أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ٧٦٠ ، بند ٥٦٧ ، نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/١٨ فى الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق . أشار اليه مصطفى هرجة ، ص ٤٢ ، نقض ١٩٦٢/١٢/٦ ، المجموعة ، س ١٣ ، ص ١٠٩٢ .

١٠٨ ـ طبيعة الحكم الصادر فى التظلم :

يعد الحكم الصادر فى التظلم حكما وقتيا ، له خصـــائص الأحكام الوقتية ، ولذلك فهو يحوز حجية هذه الأحكام ، أيا كان القاضى الذى أصدره ، كما أنه يستنفد ولاية من يصدره . ولكن هذا الحكم لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر الدعوى الموضوعية .

كما أن الحكم الصادر فى التظلم يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أيا كانت قيمته أو قيمة الدعوى الموضوعية المتعلقة به . ويرفع الاستئناف الى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، اذا كان الحكم فى التظلم صادرا من المحكمة الجزئية أو من قاضى الأمور الوقتية بها . والى محكمة الاستئناف اذا كان الحكم فى التظلم صادرا من المحكمة الابتدائية ، أو من قاضى الأمور الوقتية بها (٥٩) .

---

(٥٩) نقض ١٩٨٢/٥/٣٠ فى الطعن ٤٨٠ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٦٢/١٢/٦ س ١٣ ، ص ١٠٩٢ ، ١٩٥٦/١٢/٦ ، س ٧ ، ص ٩٥٧ ، فتحى والى ، الوسيط ، بند ٣٩٤ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٧٠٩ ، أبو الوفا ، ط ١٤ ص ٧٥٨ ، هامش ، ص ٧٥٩ .

الباب الثاني

القضـــاة وأعوانهم

- القضاة
- أعوانهم

١٠٩ ـ تمهيــــد :

بعد أن تحدثنا عن الوظيفة القضائية ، علينا أن نتحدث عن القائمين بهذه الوظيفة أى القضاة الذين يقولونها . ثم علينا أيضا أن نتحدث عن الطوائف الأخرى المعاونة لهم فى أداء هذه الوظيفة .

وينقسم هذا الباب ، لذلك ، الى فصلين . نخصص الأول للقضاة ، والثانى لأعوانهم .

الفصل الأول

القضـــــاة Les Juges

١١٠ ـ تمهيد وتقســـيم :

كانت وظيفة القضاء ، ولا تزال ، من أهم الوظائف العامة وأخطرها شأنا ، وكانت أعمال القضاء ، ولا تزال ، من أجل الأعمال وأكبرها أثرا ، حيث أنها تتناول رقاب الناس وأبضاعهم . وأموالهم . فبها تعصم الدماء وتسفح ، وتحرم الأبضاع وتنكح ، ويثبت ملك الأموال ويسلب ، ويعلم ما يجوز من المعاملات ويحرم ويكره ويندب (١) .

ولهذا كان من الطبيعى أن تهتم الأنظمة قاطبة بالقضاء ، وبالقائمين عليه ، خاصة النظام الاسلامى القائم على العدل ، واحقاق الحق ، وايصال الحق الى المستحق ، وانصاف المظلوم من الظالم . فكان القضاء فى الاسلام من أجل الأمور قدرا ، وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا . وكان طبيعيا أن تهتم الأنظمة المختلفة بالقضاة ، فهم العمود الفقرى لأى نظام قضائى ، فعليهم يقع عبء تحقيق العدل بين المواطنين .

ويطلق لفظ القاضى على كل من تثبت له ولاية القضاء ، سواء كانت ولاية عامة مطلقة ، أو كانت ولاية خاصة مقيدة . وسواء بعد ذلك أكان قاضيا أم مستشارا .

ولما كان القضاء سلطة عامة ، وفريضة محكمة وسنة متبعة (٢) ، وعليه يقع عبء حماية النظام القانونى فى المجتمع ، فلا غرو أن يتمتع

---

(١) الطرابلسى ـ معين الحكام ، ص ١٣ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات المشار اليه ص ٥٥ .

(٢) وهذا ما كتبه عمر بن الخطاب الى أبى موسى الأشعرى ، والذى يعد دستورا عصريا للقضاء ، ونظاما أساسيا له « فان القضاء فريضـــــة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم اذا أدلى اليك ، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له

القائمون عليه بهذه المكانة الرفيعة السامية ، وأن يتم اختيارهم من بين أكثر الناس علما وأقدرهم على استنباط الأحكام واخراجها من قواعدها العامة . وأن يستحوذ القضاة على اهتمام المشرع ، بهم وبشئونهم ، الذى يخصهم بضمانات عديدة ، وحقوق كثيرة ، يضمن بها حماية وظيفة القضاء ذاتها ، ضمانا لأداءها أداء حسنا .

وفى دراستنا هذه نخصص المبحث الأول لكيفية اختيار القضاة ، بينما نخصص الثانى لضماناتهم وحقوقهم .

واس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك . حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا ، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت اليوم فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع الى الحق فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمـــادى فى الباطل .. واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة ، أمدا ينتهى اليه ، فان أحضر بينته ، أخذت له بحقه ، والا وجهت القضاء عليه ، فان ذلك أبلغ للضرر وأجلى للغمة ، المسلمون عدول بعضـــهم على بعض ، الا مجلودا فى حد أو مجربا عليه فى شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء أو نسب .. واياك والقلق والضجر والتأذى بالخصوم والتنكر عند الخصومات ، فان الحق فى مواطن الحق ، يعظم به الأجر ، ويحسن به الذكر .. أنظر الرســـالة كاملة فى المبسوط ـ المشار اليه ص ٦٠ ، وتبيين الحقـــائق فى شرح كنز الدقائق للزيلعى ح ٤ ص ١٧٥ . والقضاء فى الاسلام لعطية مشرفة ص ٩٦ ـ ٩٧ وانظر فى أصل القضاء ـ المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ـ المنار ســـنة ١٣٤٨ هـ ج ١١ ص ٣٧٥ وما بعدها وانظر الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ ج ٩ ص ٣٤ من المغنى لابن قدامة .

المبحث الأول

اختيـــــار القـاضى

١١١ ـ تمهيـــد :

ان حسن ادارة العدالة ، وأداء القضاء لوظيفته ، يتوقف دون شك على حسن اختيار القضاة الذين يتولونها . اذ أن أداء وظيفة القضاء أداء حسنا يتوقف على نزاهة القضاة ، فان تحققت هذه النزاهة كانت أحكام القضاء موضعا للثقة والاحترام . « والنزاهة فضيلة خلقية تتحلى بهـــا النفوس الصالحة عند وزنها للمصالح المتعارضة ، وليس أحوج من القضاء الى النزاهة ، وهو ميزان العدالة القانونية فى الحياة الاجتماعية » ويتوقف تحقيق هذه النزاهة على حسن اختيار القضاة وتحرى الخلق فيهم ، وصونهم من التدخل فى شئونهم وغير ذلك .

ولذلك فان اختيار القضاة كان وما يزال من المسائل التى يختلف بشأنها الفقهاء والمشرعون ، فى محاولة للوصول الى نظام أفضل لاختيـار القضاة . ويدور هذا الاختلاف حول نظامين ، نظام الانتخاب ونظـــام التعيين ، ونستعرض ـ فى عجالة ـ هذين النظامين لننتهى الى النظام الذى يعتنقه المشرع المصرى .

المطلب الأول

اختيار القضاة بالانتخاب

١١٢ ـ مقتضى هذا النظام أن يتم اختيار القضاة بالانتخاب العـــام المبـــاشر أو غير المباشر élection . وذلك انطلاقا من أن القضـــــاء سلطة عامة من سلطات الدولة ، تباشرها المحاكم باسم الشعب ، ولما كان الشعب أو الأمة هو مصدر كل السلطات فى الدولة ، فيجب أن يتولى الشعب بنفسه سلطة القضاء ، أو يقوم باختيار من يتولونها نيابة عنه . وعلى ذلك فلا يجب ترك أمر تعيين القضاة للسلطة التنفيذية ، اعمالا لمبـدأ الفصل بين السلطات ، وضمانا لاستقلال القضاء عن الوظيفة التنفيذية .

وبهذا النظام أخذت بعض الدول المعاصرة مثل الولايات المتحـــــدة الأمريكية وروسيا السوفيتية وبعض المقاطعات السويسرية (٣) .

وهذا النظام وان كان يتفق والأصول الديمقراطية ، نظرا لاتفاقه مع مبدأ الفصل بين السلطات ، وأن الشعب مصدر كل السلطات ، فضلا عن تقريبه الصلة بين القاضى وشعبه (٤) ، فقد كان مثارا للهجوم عليه من جانب الفقهاء ، والذين رأوا فيه نظاما لا يتفق وطبيعة الوظيفـــــة القضائية لانه وان كان يحقق استقلال القضاة عن السلطة التنفيذية ، فهو لا يحقق على وجه اليقين استقلاله عن هيئة الناخبين ، مما قد يؤدى الى عدم ضمان حياد القاضى وعدالته فى مباشرة وظيفته ، فقد يقع تحت تأثير من انتخبوه ، عاملا على ارضائهم ، وفاء لهم ، وضمانا لاعـــادة انتخابه . كما أن الانتخاب لا يأتى فى الغالب بأصحاب الكفايات العلمية المؤهلين لتولى منصب القضاء ، وانما يأتى بالشخصيات العامة الأكثـر شعبية ، فضلا عن أن هناك اعتبارات كثيرة تتدخل فى عمليات الانتخاب قد لا يكون من بينها اعتبارات الكفاية والصلاحية ، وانما يجرى على أساس الانتماء الحزبى والميول السياسية وغير ذلك من الاعتبـــــارات لتى تتدخل فى هذه العملية فضلا عن أن وظيفة القضاء ذاتها تتنافى مع فكرة التأقيت التى يقوم عليها الانتخاب ، اذ أن شغل منصب القضـــاء لابد وأن يكون لمدة غير محددة بثلاث أو خمس سنوات ، وانما يجب استمرارها حتى يكتسب فيها القاضى الخبرة والدراية التى تمكنـــه من تحقيق العدل ، وهذه الخبرة لا تكتسب الا من خلال الممارسة الطـــويلة لمنصب القضاء .

---

(٣) أنظر كامل ليلة ـ النظم الســـياسية ـ الدولة والحكومة ١٩٧١ ص ٥٨٤ وما بعدها وانظر فى هذا فؤاد العطار ص ٢٤١ . فتحى والى ـ الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ١٩٢ وما أشار اليه رسائل لرونتان وفونتين

Rontin Maurice : l'élection des juges, Thèse paris 1908 Fontaine Maxime : Du recttement des ,uges. Thèse Paris 1905.

وفتحى والى ـ قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفييتى ص ٣٥ وما بعدها بند ٢٥ .

(٤) أنظر فى نقد نظام اختيار القضاة بالانتخاب فتحى والى ص ١٩٣ . محمد حامد فهمى ص ٢٧ بند ٢٨ ـ مصطفى كامل كيرة ـ ص ١٤٢ . أحمد أبو الوفا ـ المرافعات ص ١٢٨ رمزى سيف ـ ص ٤١ وما بعـــدها ابراهيم نجيب سعد ـ ص ٢٤٨ سنـــوليس وبيرو ج ص ٦٣١ بند ٧٢٠ موريل ص ١٢٢ ـ ١٢٣ .

المطلب الثانى

اختيار القضاة بالتعيين

١١٣ ـ نظرا لما يشوب نظام اختيار القضاة بالانتخاب من عيوب ، فقد أخذت الغالبية العظمى من الدول ، ومنها مصر وايطاليا وفرنسا بنظام آخر مؤداه أن تتولى السلطة التنفيذية بنفسها اختيار القضاة وتعيينهم فى منصب القضاء ، وذلك استنادا الى أن القضاء قد غدا وظيفة عـــامة تتولاها الدولة عن طريق المحاكم ، فيكون من الطبيعى ـ والأمر كذلك ـ أن تتولى الحكومة تعيين من يتولى الوظائف العامة ، ومنها الوظيفة القضائية والتى تمثل مرفقا من مرافق الدولة (٥) . ولا شك أن الدولة ، فى اختيارها للقضاة ، ستكون أقدر من الشعب على التعرف على الكفايات المتطلبة فيمن يتولى هذا المنصب .

وقد يقال أن هذا النظام يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات لأنه يسمح للسلطة التنفيذية بالتدخل فى شئون السلطة القضائية ، الا أنه سرعان ما يتبدد هذا القول . اذا علمنا أن هذا المبـــــدأ لا يطبق على اطلاقه فى أى نظام من الأنظمة ، فالفصل ليس تاما بين سلطات الدولة ، وانما لابد من التعاون المثمر بينهم (٦) حفاظا على ضمان استمرار سير العمل فى الدولة . فالبرلمان يراقب السلطة التنفيذية وله حق سحب الثقة بالحكومة أو أحد أعضائها ، وتقديم أسئلة واســـتجوابات للحكومة ، كما أن الحكومة تملك فى المقـــابل ، حق حل المجلس النيابى . كما أن القضـــــاء يراقب أعمال الحكومة الادارية ، ومدى دســتورية القوانين الصـــــادرة عن البرلمان ، ويكون بالتالى من حق الادارة تعيين رجال القضـــــاء .

---

(٥) أنظر سوليس وبيرو ـ ج ١ ص ٦٣٢ بند ٦٢١ . فتحى والى ـ الوسيط ص ١٩٣ ابراهيم سعد ـ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠

(٦) أنظر محمد عبد الخالق عمر ـ قانون المرافعات ـ ١٩٧٩ ص ٨٤ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى ، فلا خوف من قيام الحكومة بتعيين رجـــال القضاء ، طالما كان ذلك يتم بالأوضاع والشروط التى يحددها القـــانون فيمن يعين قاضيا ، اذ لا يجوز للحكومة أن تخالف هذه الأوضاع أو تلك الشروط عند التعيين فى منصب القضاء (٧) . فضلا عن أن المشرع دائما يحوط القضاة بضمانات عديدة تكفل استقلالهم تجاه الحكومة وتجعلهـــم بمنأى عن تأثيرها .

ولكل ما تقدم فان التعيين من جانب الحكومة هو النظام الأفضل لاختيار القضاة ، لأنه يحافظ على استقلال القضاة تجاه الشعب ، وتجاه الحكومة معا ، فضلا عن أنه يحقق لنا ضمان اختيار القضاة من أشـــخاص مؤهلين لشغل هذا المنصب كفاية وعلما وخلقا . ولهذا وجدنا أنه النظـام الذى اتبع فى الدولة الاسلامية . فقد كانت ســـلطة القضاء يتولاها الخليفة ، فالخلافة نيـــابة عن صـــاحب الشرع فى الدعوة الى الدين والمحافظة عليه وسياسة أمور الناس به ، ومن مستلزمات أمور الخلافة أن تكون للخليفة سلطة القضاء (٨) . وكان النبى صلى الله عليه وســلم أول قاض فى الاسلام ، تولاه بنفسه ، ثم عهد به ـ مع انتشـــار الدعوة الاسلامية ـ الى غيره من صحابته ضمن توليتهم الشئون العامة . فقـــد استعمل النبى عتاب ابن أسيد على أهل مكة عند فتحها . وكان النبى اذا خرج من المدينة الى الجهاد يستعمل عليها من يرضاه ممن بقوا فيها . الا أن الثابت من الآثار المتضافرة أن النبى صلى الله عليه وســـلم لم يفصل ولاية القضاء عن ولاية الشئون العامة ، بحيث يجعلها لأحد على استقلال (٩) .

---

(٧) حيث أن الشروط الواجب توافرها فيمن يلى احـــدى الوظائف القضائية ليس لجهة الادارة حيالها سلطة تقديرية (نقض ١٩٨١/٤/٢٨ ـ س ٣٢ ـ ٦ ـ ص ١٣٠٣) .

(٨) أنظر تفصيلا ، مؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ـ دار الفكر العربى ، ١٩٨٤ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(٩) أنظر فى تفاصيل ذلك كتابنا ـ النظام القضائى الاسلامى ، ص ٥٩ ـ ٦٢ .

ولما توفى الرسول عليه الصلاة والسلام وبدأ عهد الصحابة بخلافة أبى بكر الصديق ، تولى بنفسه سلطة القضاء ، وعهد بها الى غيره ، ولكنه لم يجعلها لأحد ولاية عامة بمفردها متبعا فى ذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٠) .

وبدأ فصل ولاية القضاء عن ولاية الادارة أو الشئون العامة فى عهد الخليفة عمر بن الخطاب نتيجة اتساع الدولة الاسلامية وتشعب أعمال الولاة والذى حال بينهم وبين التفرغ للقضاء . وأصبح للقضاء فى عهد عمر بن الخطاب ولاة يزاولونه ولا يزاولون غيره من أعمال الحكم أو الادارة . وجعل من ولاية القضاء ولاية عامة مستقلة . وكان عمر بذلك أول من عين القضاة فى الأمصار الاسلامية ، اما مباشرة كما فعل بالنسبة لشريح بالكوفة ، وأبا الدرداء ثم يزيد بالمدينة ، وأما من الوالى بتفويض من الخليفة عمر كما حدث بالنسبة لعثمان بن قيس بن أبى العاص الذى عينه عمرو بن العاص والى مصر قاضيا بها ، كما تولى عبد الله بن قيس المعروف بأبى موسى الأشعرى قضاء البصرة (١١) .

المطلب الثالث

اختيار القضاة فى نظامنا

١١٤ - أخذ المشرع المصرى بالتعيين نظاما لاختيار القضاة من جانب السلطة التنفيذية ، حسبما تأخذ به الأنظمة القانونية المعاصرة ، والنظام الاسلامى . وقد تكفل المشرع بوضع ضوابط ، وشروط يجب توافرها فيمن يتولى منصب القضاء فى الدولة . والتى لا تستطيع السلطة التنفيذية الخروج عليها أو تخطيها (١٢) . ويمكن تقسيم هذه الشروط (١٣) الى

---

(١٠) محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ، ص ٦٣ . وانظر مقدمة ابن خلدون ، سنة ١٣٢٠ هـ ص ٢١٠ .

(١١) أنظر محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ص ٦٤ - ٧١ .

(١٢) اذ لا تملك جهة الادارة حيال هذه الشروط سلطة تقديرية (نقض ١٩٨١/٤/٢٨) س ٣٢ - ٦ - ٣٣ .

(١٣) وكان يشترط فيمن يعين قاضيا فى الاسلام ، شروطا كثيرة ، لأن القضاء من المراتب العظيمة الأهمية التى لها مساس بحرية الأشخاص

شروط عامة يجب توافرها بالنسبة لجميع القضاة ، وشروط خاصة تختلف باختلاف الدرجة المطلوب التعيين عليها :

١١٥ ـ أولا : الشروط العامة لتولى منصب القضاء :

١ ـ شروط الجنسية :

يجب أن يكون الشخص المطلوب تعيينه قاضيا متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية ، فلا يجوز تعيين الأجنبى فى منصب القضاء الوطنى وحكمة ذلك أن القضاء وظيفة عامة تقوم بها الدولة ، ويمثل القضاء مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، فلا يجوز لذلك تولى الوظائف العامة الا بالنسبة للمصريين ، فالوظائف العامة حق للمواطنين « م ١٤ دستور » . على أن هذه الوظيفة ليست قاصرة على المصريين الأصلاء ، فيمكن أن يعين قاضيا المتجنس بالجنسية المصرية بعد مضى المدة التى يحددها قانون الجنسية الجديد رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المواد رقم ٣ ، ٤ ، ٦ و ٧ منه ، اذ أن المكتسب جنسية الدولة يصبح من عداد مواطنيها ، فتثبت له الصفة الوطنية بعد أن كان أجنبيا .

=

وبأموالهم ، وهى أن يكون حرا (لأن العبد لا يملك الولاية على نفسه فلا يملكها على غيره) وأن يكون عاقلا (حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا عن السهو والغفلة) ، وأن يكون بالغا (لأن غير البالغ لا يؤخذ بقوله على نفسه فلا يؤخذ به على غيره) ، وأن **يكون مسلما** لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (الآية ١٤١ من سورة النساء) ، فلا يجوز لغير المسلم بالاجماع القضاء بين المسلمين ، وان كان يجوز لغير المسلم تقليد القضاء بالنسبة لأهل دينه » ، وأن يكون عادلا بأن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة .. عفيفا عن المحارم ، متوقيا المآثم ، بعيدا عن الريب ، مأمونا فى الرضا والغضب وأن يكون سليم السمع والبصر ، عالما بالأحكام الشرعية غير محدود فى قذف ، وأن يكون عارفا بأسرار التشريع مجتهدا غير مقلدا غيره فى تفسير أو تأويل (راجع عطية مشرفة ص ١٥٨ ـ ١٥٩ ، الأحكام السلطانية للماوردى سنة ١٣٢٧ هـ ص ٥٣ ـ ٥٤ . محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ، ص ١٧٦ وما بعدها .

٢ ـ كمال الأهلية المدنية :

يجب أن يكون الشخص المطلوب تعيينه قاضيا كامل الأهلية المدنية ، اذ لا يجوز تعيين ناقص الأهلية فى وظيفة القضاء ، اذ أن ناقص الأهلية لا يؤخذ بقوله على نفسه فلا يؤخذ به على غيره . ويجب فضلا عن كمال الأهلية أن يكون محمود السيرة حسن السمعة ، غير محكوم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد اليه اعتباره ، حتى يكون تطبيقه للقانون محلا لاحترام الجميع وثقتهم فى عدالته واستقامته .

٣ ـ اجازة الحقوق :

يشترط فيمن يعين قاضيا أن يكون حاصلا على اجازة الحقوق (ليسانس الحقوق) من احدى كليات الحقوق بالجامعات المصرية ، أو على شهادة أجنبية معادلة لها ، وأن ينجح فى الحالة الأخيرة فى امتحان المعادلة طبقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك .

ولم يتطلب المشرع المصرى فيمن يتولى منصب القضاء أكثر من الحصول على ليسانس الحقوق ، بعكس المشرع الفرنسى الذى تطلب فيما يعين قاضيا أن يكون من بين خريجى المركز الوطنى للدراسات القضائية Centre national d'études judiciaires الذى أنشىء فى سنة ١٩٥٨ ، الذى حلت محله المدرسة الوطنية للقضاء Ecole national de la magistrature فى سنة ١٩٧٠ (١٤) .

١١٦ ـ ثانيا : الشروط الخاصة :

فضلا عن الشروط المتقدم ذكرها فانه يجب توافر شروط أخرى فيمن يعين قاضيا ، وتختلف هذه الشروط الأخيرة باختلاف الدرجة المراد التعيين عليها وهى :

---

(١٤) أنظر فى تفاصيل هذا النظام سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ٧٣٦ وما بعدها ص ٦٤٠ وما بعدها . فنسان ـ طبعة سنة ١٩٧٨ بند ١٥٢ وما بعدها ص ١٧٨ ـ ١٨٧ . كوشيز جيرارد بند ١١٤ ص ٦٨ . جولى اندريه ـ ١٩٦٩ ج ١ ص ٤٨ بند ٥٧ . ابراهيم نجيب ص ٢٥١ هامش (٣) . فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ٩٧٢ ص ٣٢٢ هامش (١) . مصطفى كيرة ـ قانون المرافعات الليبى سنة ١٩٧٠ ص ١٤٤ .

١ ـ السن :

لا يكفى كمال الأهلية المدنيـــة للتعيين فى وظائف القضاء ، وانما يجب ألا يقل سن الشخص المراد تعيينه عن ثلاثين عاما فى المحـــاكم الابتدائية ، وعن ثمان وثلاثين عاما فى محاكم الاستئناف ، وعن ثلاث وأربعين عاما بالنسبة لمحكمة النقض .

٢ ـ الخبرة القانونية :

لم يشأ المشرع المصرى أن يتولى وظيفة القضاء لحاملى ليســـانس الحقوق فور تخرجهم ، وانما استلزم أن يكون الشخص قد مارس عمـــلا قانونيا مدة معينة قبل اشتغاله بالقضاء ، حتى يكون قد اكتسب خبرة ودراية فى فهم قواعد القانون خلال هذه المدة ، الأمر الذى يسهل عليـــه القيام بوظيفة القضاء بعد ذلك . وعليه فلا يعين فى وظيفة قاضى الا من سبق له الاشتغال بعمل من الأعمال القضائية أو القانونية فى جهـــة من الجهات كالنيابة العامة أو ادارة قضايا الحكومة أو التدريس بكليات الحقوق ، أو الاشتغال بالمحاماة أو بأى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرا للعمل القضائى . وكان طبيعيـــا والأمر كذلك أن تختلف مدة الخبرة المتطلبة باختـــــلاف الدرجـــات القضائية (١٥) .

١١٧ ـ ويكون شغل وظائف القضـــــاء ـ متى تم توافر الشروط السابقة ـ بالتعيين أو الترقية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقـــة أو أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى وذلك على التفصيل الذى تبينه المادة ٤٤ من قانون السلطة القضائية . على أنه لا يجوز عند التعيين فى وظيفة قاض بالمحاكم الابتدائية أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشـــتغلين بالمهنة عن الربع ، ولا تقل عن العشر عند التعيين فى وظيفة رئيس بالمحكمة الابتدائية أو مستشار بمحاكم الاستئناف (م ٤٧) .

---

(١٥) أنظر المواد ٣٩ ـ ٤٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

١١٨ - وبعد أن استعرضنا الشروط المتطلبة قانونا فيمن يتولى منصب القضاء ، يتضح أن المشرع لم يشترط أن يكون القاضى رجلا ، فهو بذلك لم يمنع المرأة من تولى منصب القضاء ، وذلك انطلاقا من مبدأ مساواة المرأة بالرجل فى الحقوق والواجبات . ولهذا فليس هنـــاك ما يمنع من تولى المرأة منصب القضاء ، خاصة بعد أن استقر الفقه الحديث على أن القضاء وظيفة عامة ، وتقلدها حق للمواطنين دون تمييز بينهـم (المواد ١١ ، ١٤ ، ٤٠ من الدستور المصرى) وتتقلد المرأة عندنا الوظائف العامة وتتدرج فيها حتى وصلت الى منصب الوزارة والتمثيل النيابى ، كما أنها تشتغل بالمحاماة وتباشر حقوقها السياسية ، مثلها فى ذلك مثل الرجل سواء بسواء . وعلى ذلك فان التقليد الذى تنتهجه وزارة العـــدل فى عدم تعيين المرأة فى منصب القضاء ، لا يستند الى أساس من القانون فضلا عن مخالفته لكل الأصول الدستورية فى بلادنا (١٦) ، وان كان يستند الى مبررات عملية . خاصة وأن الأمر مختلف عليه فى الفقـــه الاسلامى ، حيث يذهب جمهور الفقهاء الى عدم جواز قضاء المرأة ، وان قلدت أثم مقلدها ، وبطلت ولايتها ، ولا تنفذ أحكامها ولو وافقت الحق . وذهب رأى آخر الى جواز قضاء المرأة باطلاق . أما الامام أبو حنيفة فقد أجاز قضاء المرأة مع أثم مقلدها ، فيما تصلح فيه شهادتها ، أى فى الأقوال ، ولم يجزه فى الحدود والقصاص (١٧) .

---

(١٦) أنظر فى ذلك رمزى سيف - المرجع السابق ص ٤٤ . فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٣٢٠ - الوسيط ص ١٩٤ بند ١٠٦ . ابراهيم سعد . ص ٢٥٠ - ٢٥١ عبد الباسط جميعى مبادىء سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٦ .

(١٧) أنظر تفصيلا ، محمود هاشم ، النظام القضائى الاســـلامى ص ١٨١ - ١٨٩ .

المبحث الثـانى

ضمانات القضـــاة

١١٩ ـ تمهيـــد :

لما كان المشرع المصرى يأخذ بنظام تعيين القضاة من جانب السلطة التنفيذية · فكان عليه أن يوجد ضوابط وضمانات تحقق اســتقلال القضاة ضمانا لحيدتهم فى اتخاذ القرار ، وبالفعل نصت المادة ١٦٦ من دستورنا الحالى على أن « القضاة مستقلون ، لا ســلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخــل فى القضــايا وشئون العدالة . على أن المشرع لم يكتف بوضع ضمانات تحقق استقلال القضاة من التدخل فى شئونهم ، وفى وظيفتهم من جانب الســلطة التنفيذية ، وانما وضع ضمانات أخرى تؤكد نزاهة القاضى وحياده واستقلاله فى اتخاذ القرار ، وابعاده عن مواطن التأثير سواء كان ذلك من القاضى ذاته لعواطفه ومشاعره ، أو من الخصوم أنفسهم ·

ونود أن نؤكد أن هذه الضمانات لم تتقرر لحماية القاضى فى ذاته ، وانما تقررت حماية لاستقلاله فى وظيفته ، ضمانا لحيدته فى ابداء رأيه حتى يصدر قضاء عادلا يشيع الطمأنينة فى نفوس المتقاضين ، ويحمى حقوقهم (١٨) ·

ينقسم هذا المبحث لذلك الى مطالب ثلاثة ، نبين فى الأول ضمانات القضاة تجاه الحكومة ، أما فى الثانى فنبين ضمانات القضاة تجـــاه أنفســـهم ، وفى المطلب الثـــالث نتنـــاول ضمانات القضـــاة تجاه الخصوم ·

---

(١٨) أحمد أبو الوفا ـ المرافعات ط ١٢ ص ٥٥ بند ٤٧ · فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٩٧ · ابراهيم سعد ص ٢٦٣ · عبد المنعم الشرقاوى ـ شرح المرافعات سنة ١٩٥٠ ص ١٣٦ بند ٨٤ · محمد عبد الخالق عمـــر النظام القضائى المدنى ـ ١٩٧٦ ص ٢٧ · عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٩ · موريك بند ١٣٧ ص ١٣٣ · فنســـان ص ١٩٠ بند ١٥٩

المطلب الأول

ضمانات استقلال القضاة تجاه الحكومة

١٢٠ ـ تحـــديد :

حرصا من المشرع على ضمان استقلال القضاة وضمان عــدم تدخل السلطة التنفيذية فى شئونهم بغير موجب من القانون قرر الضـــمانات الآتيـــة :

١٢١ ـ ١ ـ عدم القابلية للعزل : inamovibilité

ومقتضى ذلك أنه لا يجوز فصل القاضى أو وقفه عن عمله أو احالته الى المعاش فى غير الأحوال التى يقرها القانون ، الا بارادته الحرة ، وبالتالى فلا يجوز للحكومة أن تعزل القضاة (١٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ من الدستور المصرى هذا المبدأ بقولها « القضاة غير قابلين للعـــزل » ، وكذلك المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية الجديد بقولها : « رجـال القضاء والنيابة العامة عدا معاونى النيـــابة ـ غير قابلين للعزل » . من هذا يتبين لنا أن جميع القضاة بالمحاكم يتمتعون بهذه الضمانة الهامة وكذلك أعضاء النيابة العامة عدا معاونى النيابة (٢٠) .

وتنص على هذا المبدأ معظم الدساتير العالمية الأخرى مثل المادة ١٠٧ من الدستور الايطالى والمادة ٦٤ من الدستور الفرنسى الصادر فى ٤ أكتوبر ١٩٦٨ . وكذلك المادة (٢) من نظام القضاء السعودى (٢١) .

وعدم القابلية للعزل لا تعنى أن يظل القاضى فى وظيفته طوال حياته ، بمنأى من العزل ، حتى ولو أتى تصرفات لا تتفق ومقتضيات

---

(١٩) سوليس وبيرو المرجع السابق ص ٦٦٢ ، فنسان ـ ص ١٩٠ ـ بند ١٥٩ . كورنى وفوييه ص ٢٤٢ موريل ص ١٣٣ .

(٢٠) معدلة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ .

(٢١) أنظر فينسان المرجع السابق ص ١٧٤ بند ١٦٠ ، سوليس وبيرو ـ المرجع السابق جزء أول ص ١٨٥ .

وظيفته (٢٢) . وذلك لأنه يجب احالة القاضى الى المعاش عند بلوغه سن الستين ميلادية ، فضلا عن امكان استقالته قبل ذلك وامكان احالتــه الى المعاش اذا تبين عجزه لأسباب صحية ـ عن القيام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق (م ٩١ س ق) وامكان احالته الى المعاش أو نقله الى وظيفة غير قضائية بأن تقرر عدم صلاحيته لغير الأسباب الصحية لولاية القضاء (م ١١١ س ق) (٢٣) . وأخيرا امكان احالة القاضى الى المعاش أو نقله لوظيفة أخرى غير قضائية وذلك بالنسبة لرؤساء المحاكم الابتدائية وقضاتها اذا ما حصلوا على تقريرين بدرجة أقل من المتوســط (م ١١٢ س ق) .

ونود التنبيه الى أن احالة القضاة الى المعاش قبل بلوغهم سن الستين ميلادية فى حالة المرض يكون من اختصاص رئيس الجمهورية بنـــاء على طلب وزير العدل وبعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٩١ س ق) أما الاحالة الى المعاش لغير الأسباب الصحية فيكون من اختصاص مجلس تأديب القضاة المنصوص عليه فى المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية .

كما تجدر الاشارة الى أن امكان عزل القضـــاة قبل بلوغهم سن الستين ميلادية لا يعد خروجا على مبدأ عدم القابلية للعزل ، لأنه كما سبق بيانه فان قرار الاحالة الى المعاش لا يصدر الا بمعرفة مجلس تأديب القضاة وموافقة مجلس القضاء الأعلى واتباع الاجراءات القانونية المقررة فى قانون السلطة القضائية ، لاتاحة الفرصة للقاضى فى الدفاع عن نفسه . كما أن تقرير الاحالة الى المعاش قبل الستين ميلادية للأسباب المنصوص عليهـــا من شانه أن يؤدى الى حسن سير العدالة وذلك باستئصال العناصر الغير جديرة بشغل وظيفة القضاء .

---

(٢٢) أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ١٣١ بند ٤٨ ، ابراهيم سعد ص ٢٦٧ ، فتحى والى الوسيط ص ١٩٨ .

(٢٣) اذ أن ثبوت فقد القاضى لأسباب الصلاحية لولاية القضاء تؤدى الى وجوب احالته الى المعاش أو نقله الى وظيفة غير قضـــائية (نقض ١٩٨١/١٢/٨ س ٣٢ ـ ١٦ ـ ٧١) .

ولقد أجمع فقهاء الاسلام على عزل القاضى اذا فقد شرطا من شروط توليته ، والا لزمت الامام الحرمة . أما اذا استمرت صلاحية القاضى ولم يفقد شرطا من شروطها ، ولم يصدر عنه بما يوجب عزله ، فهل يملك الخليفة عزله فى هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب بعضهم الى جواز ذلك بريبة أو بغيرها ، ولو لم يكن فى عزله مصلحة ، اعتبارا بأن القاضى وكيل عن الخليفة . أما الجمهور فعلى عدم جواز عزل القاضى الا بمقتضى (٢٤) .

١٢٢ ـ ٢ ـ ضمانات ترقية القضاة ومرتباتهم :

أ ـ ترقية القضاة :

ضمانا لتطبيق مبدأ عدم القابلية للعزل ـ حفاظا على استقلال القضاة ـ يضع المشرع ضوابط محددة لترقية القضاة حتى لا يترك أمر ترقيتهم لمطلق تقدير السلطة التنفيذية فتعمل على ترقية من ترضى عنهم متخطية من لا ترضى عنهم فيشعر القاضى بالظلم الذى قد يقع عليه نتيجة تخطيه فى الترقية فى الوقت الذى هو مطالب برفع الظلم عن الآخرين (٢٥) .

يأخذ المشرع المصرى بنظام ترقية القضاة وتدرجهم فى السلك القضائى وفق نظام محدد . فقد جعل المشرع المصرى من الأقدمية والكفاءة أساسا لترقية القضاة .

وقد أوضحت المادة ٤٩ من قانون السلطة القضائية الأحكام الخاصة بترقية القضاة وذلك على النحو التالى :

ـ يكون اختيار قضاة المحاكم الابتدائية بطريق الترقية من بين أعضاء النيابة العامة على أساس الأقدمية من واقع أعمالهم وتقارير التفتيش عنهم

---

(٢٤) انظر تفصيلا مؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ، بند ٦٣ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢٥) فتحى والى ـ الوسيط ـ قانون القضاء المدنى ص ٣٢٨ وانظر محمد عبد الخالق عمر قانون المرافعات ص ٢٣٦ ـ هامش (١) .

- وتكون ترقية القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية من الفئتين (ب ، أ) على أساس الأقدمية مع الأهلية .

- ومع ذلك يجوز ترقيتهم للكفاية الممتازة ولو لم يحل دورهم فى الترقية متى أمضوا فى وظائفهم سنتين على الأقل ، ويشترط ألا تزيد نسبة من يرقى منهم لهذا السبب على ربع عدد الوظائف الخالية فى كل درجة خلال سنة مالية كاملة . ويكون اختيارهم بترتيب أقدميتهم فيما بينهم .

يتضح من ذلك ، أن المشرع قد أجاز تخطى بعض القضاة فى الترقية ، حتى ولو حل دورهم فيها ، اذا تبين عدم صلاحيتهم ، كما أجاز ترقية أصحاب الكفاية الممتازة حتى ولو لم يحل دورهم فى الترقية وذلك مكافأة لهم على كفايتهم ، وتشجيعا وحافزا لهم على الاستمرار فى العمل الجاد .

ويعتبر من ذوى الكفاية الممتازة القضاة والرؤساء بالمحاكم الحاصلون فى آخر تقديرين لكفايتهم على درجة كفء أحدهما على الأقل من عمله فى القضاء ويشترط ألا تقل جميع تقديراتهم السابقة على تقدير فوق المتوسط (م ٤/٤٩) .

وفيما عدا ذلك يجرى الاختيار فى الوظائف الأخرى على أساس درجة الأهلية وعند التساوى تراعى الأقدمية (م ٥/٤٩) .

وبما أن المشرع قد أجاز تخطى بعض القضاة فى الترقية ، فانه قد وضع ضمانا آخر للقاضى الذى تم تخطيه فى الترقية فأوجب على وزير العدل - قبل عرض مشروع الحركة القضائية على مجلس القضاء الأعلى بثلاثين يوما على الأقل - اخطار من حل دورهم فى الترقية ولم تشملهم الحركة لسبب غير متصل بتقارير الكفاية عنهم . مع بيان بأسباب التخطى ، ويكون لمن أخطر الحق فى التظلم أمام اللجنة المختصة فى ميعاد خمسة عشر يوما من تاريخ الاخطار . فاذا كان التخطى لأسباب لا تتعلق بتقارير الكفاية تكون قرارات المجلس نهائية لا يجوز الطعن فيها (م ٧٩ س ق ، والمادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤) .

وتكون الترقية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٤٤ س ق) ٠

ب ـ مرتبات القضاة :

وعملا على استقرار أحوال القضاة وعدم شغلهم بالتفكير فى مشاكل الحياة اليومية ، وتفرغهم لقضائهم وعملهم فقد خصهم المشرع بكادر مرتبات خاص يختلف عن الكادر العام فى مزاياه . وقد اتفق فقهاء الاسلام على وجوب تقرير الرزق للقاضى ، واشترطوا كفايته له ومن تلزمه نفقتهم . فالتوسعة على القاضى من مستلزمات القضاء ، حتى يدفع عنهم العوز والحاجة والسؤال ، الأمر الذى يحقق نزاهتهم والتى هى لازمة من لوازم العـدل (٢٦) .

١٢٣ ـ ٣ ـ ضمانات نقل القضاة وندبهم واعارتهم :

تنص المادة ٥٢ من قانون السلطة القضائية على أنه « لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم الا فى الأحوال وبالكيفية المبينة بهذا القانون » مما يؤدى الى القول بأن المشرع قد وضع ضوابط محددة لنقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم لا تستطيع الحكومة تخطى هذه الضوابط :

أ ـ النقـــــل :

يقوم نظامنا القضائى ـ شأنه فى ذلك شأن معظم الأنظمة القضائية فى العالم ـ على مبدأ تعدد وانتشار المحاكم فى ســـــائر مدن ومراكز الجمهورية ، وهذه المدن والمراكز تتفاوت فيما بينها من حيث توفر أسباب المعيشة والطقس ، ودرجة البعد عن العاصمة ، بحيث تكون هناك مدن يتطلع القضاة الى العمل فيها ، وأخرى لا يرغب القضاة فى العمـــــل بها ٠ وحرصا على المساواة الكاملة بين القضاة ، شاء المشرع الا يترك أمر نقل القضاة لمطلق تقدير الحكومة حتى تتخذه وســـيلة للضغط على القضاة (٢٧) فوضع قواعد ثابتة لنقلهم بحيث لا يجوز مخالفتها وحتى لا يكون النقل منفذا يؤثر فى استقلال القضاة ونزاهتهم ، وهى :

---

(٢٦) محمود هاشم ـ نظام القضاء ونظام الاثبات ، بند ٣٨ ، ص ٦٥ ٠

(٢٧) ابراهيم سعد ـ القانون القضائى الخاص جـ ١ سنة ١٩٧٤ ص ٢٧١ ـ فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٠٠ ـ عبد الخالق عمر ـ المرافعـــات ص ٢٣٥ ٠ رمزى سيف المرافعات سنة ١٩٦٩ ص ٤٩ ٠

- يكون نقل الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، يحدد فيه المحاكم التى يلحقون بها ، ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ . على أن ينقل القاضى أو الرئيس بالمحكمة اذا أمضى خمس سنوات فى محاكم القاهرة والاسكندرية والجيزة وبنها ، وأربع سنوات فى محاكم بنى سويف والفيوم والمنيا وباقى محاكم الوجه البحرى ، وسنتين فى محاكم أسيوط وسوهاج وقنا وأسوان (م ٥٣ ، ٥٩ س ق) .

- بالنسبة الى رؤساء دوائر محكمة استئناف القاهرة ومستشاروها لا يجوز نقلهم الى محكمة أخرى الا برضائهم وموافقة مجلس القضاء الأعلى .

- أما مستشارو محاكم الاستئناف الأخرى فيكون نقلهم الى محكمة استئناف القاهرة تبعا لأقدمية التعيين بمراعاة أن يكون النقل من محكمة استئناف قنا الى محكمة استئناف أسيوط ثم الى بنى سويف ثم الى الاسماعيلية ثم الى المنصورة ثم الى طنطا ثم الى الاسكندرية (٢٤ مستبدلة بالقانون رقم ١٩٧٦/٢ ، ثم استبدلت بالقانون ٤٤ لسنة ٨١) .

- ومع ذلك يجوز بقاء رئيس الدائرة أو المستشار فى محكمته بناء على طلبه وموافقة مجلس القضاء الأعلى .

أما مستشارو محكمة النقض فلا ينقلون الى وظائف أخرى الا برضائهم كما أنه يجوز نقل القضاة تأديبيا بقرار من مجلس التأديب الخاص .

ب - الندب :

يجيز المشرع ندب القضاة للعمل فى غير محاكمهم سواء الى محكمة أعلى ، أو الى محكمة فى نفس طبقة محكمة القاضى المنتدب أو العمل مؤقتا بالنيابة العامة . وفى كل الحالات يكون الندب - بقرار من وزير العدل ولمدة لا تتجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى وذلك بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضى وموافقة مجلس القضاء الأعلى (المواد ٥٥ وما بعدها س . ق.) بمراعاة أنه لا يجوز أن تزيد

مدة ندب القاضى لغير عمله طول الوقت طبقا للمادة (٦٢) عن ثلاث سنوات متصلة (م ٦٤ س ٠ ق) .

جـ ـ الاعارات :

أجاز المشرع أيضا اعادة القضاة للعمل لدى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية . ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضى وموافقة مجلس القضاء الأعلى . وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الاعارة على أربع سنوات متصلة الا اذا اقتضت ذلك مصلحة قومية يقدرها رئيس الجمهورية (م ٦٥ س ق) وألا يترتب على الاعارة أو الندب الاخلال بحسن سير العمل (م ٦٦ س ق) .

واذا كنا لم نجد شيئا فى كتب الفقه الاسلامى عن هذه الضمانات ، فكفى القضاة ضمانا عدالة الخلفاء وقوة الوازع الدينى لديهم الذى كان يقودهم الى العدل والحرص على استقلال القضاء والارتفاع بشأنه (٢٨) .

١٢٤ ـ ٤ ـ مجلس القضاء الأعلى :

من الضمانات الأساسية التى أعطاها المشرع للقضاة ـ حفاظا منه على استقلالهم ، أنشأ مجلسا أعلى ، منهم ولهم ليتولى الاشراف على شئون القضاء كافة . بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب واعارة رجال القضاء والنيابة العامة (المادة ٧٧ مكرر (٢) س ق) . وهذا المجلس هو مجلس القضاء الأعلى الذى حل محل المجلس الأعلى للهيئات القضائية الذى كان قد أنشىء بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ ، وذلك بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ الذى نصت مادته الأولى على اضافة فصل جديد هو الفصل الخامس مكررا من الباب الثانى بعنوان مجلس القضاء الأعلى ويشمل المواد ٧٧ مكررا (١) ، ٧٧ مكررا (٢) ، ٧٧ مكررا (٣) ، ٧٧ مكررا (٤) . ثم تولت المواد الثانية والثالثة والرابعة والخامسة استبدال وتعديل والغاء بعض نصوص قانون السلطة القضائية .

---

(٢٨) محمود هاشم ـ القضاء ونظام الاثبات ، ص ٦٣ ، بند ٣٥ .

ويشكل مجلس القضاء الأعلى من رئيس محكمة النقض رئيسا وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام واثنين من أقدم نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى (م ٧٧ مكررا (١) س ق) .

ويباشر مجلس القضاء الأعلى ، كافة الاختصاصات التى كان يباشرها المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، وأهمها الاشراف على المحاكم وعلى القائمين عليها من قضاة ومستشارين والقيام على شئونهم وكذلك الاختصاصات المخولة للجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية (المادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤) .

وكان مرجع القضاة فى النظام الاسلامى هو الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم ، ثم قاضى القضاة بعد ذلك فى حاضرة الدولة الاسلامية .

١٢٥ ــ ٥ ــ تقرير قواعد خاصة للطعن فى القرارات المتعلقة بشئون القضاة :

ضمانا لاعطاء القضاة حرية العمل والاستقرار النفسى الذى هو ضرورة لازمة لضمان قضاء عادل ، قرر المشرع قواعد خاصة للتظلم والطعن فى القرارات المتعلقة بشئون القضاة . فمثلا أوجب المشرع احاطة القضاة علما بكل ما يودع فى ملفات خدمتهم من ملاحظات أو أوراق أخرى (م ٧٨ س ق) وأوجب على وزير العدل أن يخطر من كان تقدير كفايته بدرجة متوسط أو أقل من المتوسط من رجال القضاء والنيابة ، بدرجة كفايته ، وقرر لهم حق التظلم من تقارير الكفاية الخاصة بهم والتى تقوم باعدادها ادارة التفتيش القضائى (٢٩) فى خلال ١٥ يوما

---

(٢٩) مع ملاحظة أنه لا يخضع لنظام الكفاية سوى القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية وتؤلف ادارة التفتيش القضائى بوزارة العدل من مدير ووكيل يختاران من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف ومن عدد كاف من المستشارين والرؤساء بالمحاكم الابتدائية (٧٨ س ق) .

من تاريخ اخطارهم بالتقدير على أن قرار مجلس القضاء الأعلى فى شأن تقدير الكفاية والتظلم منه نهائى . كما قرر لهم حق التظلم من قرارات تخطيهم فى الترقية على النحو الذى سبق أن ذكرناه .

كما منح القضاة وأعضاء النيابة العامة حق طلب الغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم ، متى كان مبنى الطلب عيبا فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو اساءة استعمال السلطة ، وذلك من دوائر محكمة النقض المدنية التى تختص وحدها بالغاء تلك القرارات والتعويض عنها ، وأيضا فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم (م ٨٣ س ق) (٣٠) .

وقد حدد المشرع فى المادتين ٨٤ ، ٨٥ من قانون السلطة القضائية اجراءات ومواعيد وقواعد الطعن ، أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ، والتى تعتبر أحكامها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن .

يتضح مما تقدم ، أن المنازعات المتعلقة بأى شأن من شئون القضاة تدخل فى ولاية محكمة خاصة تابعة للقضاء المدنى وهى « الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض » بالرغم من الطبيعة الادارية لهذه المنازعات مما كان يوجب رفعها الى القضاء الادارى ، وليس الى القضاء المدنى . ولكن حفاظا على استقلال جهة القضاء المدنى ، فيكون هو صاحب الولاية فى الفصل فى كل ما يخص أعضائه (٣١) .

---

(٣٠) أما طلبات التعويض الناشئة عن الأعمال المادية فتخرج عن ولاية محكمة النقض (١٩٨١/١/٣١ س ٣٢ - ٤ - ص ٢٥) .

(٣١) أحمد مسلم . أصول المرافعات ص ١١٢ . ابراهيم نجيب ص ٢٧٢ - ٢٧٣ وانظر الحكم الصادر من الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض ١٩٨٣/١١/٢٩ ، س ٣٤ ، ص ٨١ فى ١٩٧٥/٦/٢٦ س ٢٦ ص ٦٨

١٢٦ ـ ٦ ـ ضمانات خاصة بمسئولية القضاة التأديبية :

لما كان القاضى موظفا عاما بالدولة فانه يلتزم بالقيـــام بكل ما تفرضه عليه وظيفته من واجبات والا كان محلا للمساءلة التأديبية . ونظرا لأن القاضى بشر ، يمكن أن يرتكب خطأ اداريا فى أداء وظيفته ، الأمر الذى يجعله خاضعا للمسئولية التأديبية . فكان لابد والأمر كذلك ، حفاظا على استقلاله وضمانا لحيدته ، من تقرير قواعد خاصة وضمانات معينة ، تجب مراعاتها عند مساءلته تأديبيا ، حتى لا تتخذ السـلطة التنفيذية من ذلك منفذا لتهديد القاضى أو التأثير عليه . فكان من الضرورى تحديد واجبات القاضى التى يؤدى الاخلال بها الى مساءلته تأديبيا ، فضلا عن تحديد ضمانات لهذه المحاكمة ، وبيان الجزاءات التى يمكن توقيعها عليه .

١٢٧ ـ أ ـ واجبات القاضى :

نص المشرع فى قانون السلطة القضائية على الواجبات التى يلتزم بها القاضى وهى :

ـ أن يؤدى قبل مباشرته وظيفته يمينا بأن يحكم بين النـــاس بالعدل ويحترم القوانين (م ٧١ ق س ق) .

ـ أن يمتنع عن القيام بأى عمل تجارى أو أى عمـــل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته ، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يمنع القاضى من مباشرة أى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته (م ٧٢ س ق) ، والامتناع كذلك عن الاشتغال بالعمل السياسى والترشـــيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات السياسية الا بعد استقالته (م ٧٣ س ق) ، ويتم تسوية معاش القاضى المستقيـــل اذا كان مستحقا له وفقا لقواعد قررتها المادة ٧٣ مكررا المضافة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧٦ .

ـ يلتزم القاضى بعدم افشاء أسرار المداولات (٧٤ س ق) .

ـ الاقامة فى البلد الذى به مقر المحكمة التى يعمل بها وألا يتغيب عن عمله فى غير اجازة ـ قبل اخطار رئيس المحكمة (م ٧٦ ، ٧٧ س ق) .

- ألا يكون القاضى محكما ، ولو بغير أجر ، بدون موافقة مجلس القضاء الأعلى . الا اذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة . كما لا يجوز له أن يكون وكيلا عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة ، شفاهة أو كتابة ، أو افتاء ولو كان ذلك أمام محكمة غير تلك التى يتبعها ، وذلك باستثناء من يمثلهم قانونا وزوجته وأصوله وفروعه الى الدرجة الثانية (م ٨١ مرافعات) .

١٢٨ - ب - المسئولية التأديبية وضماناتها :

ويلاحظ أن من الأخطاء التى يرتكبها القاضى ما لا تستوجب مساءلته تأديبيا باجراءاتها المتعددة وضماناتها الكثيرة . ويكتفى فيها بمجرد تنبيه القاضى شفاهة أو كتابة ، على النحو الذى تحدده المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية . مع اعطاء القاضى الموجه اليه التنبيه حق الاعتراض على ذلك بطلب يقدم خلال أسبوع من تاريخ تبليغه اياه الى مجلس القضاء الأعلى (٣٢) . ولكن اذا تكررت المخالفة من القاضى أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا ، أو وقع من القاضى ما يعتبر اخلالا بواجبات وظيفته ، أو اذا سلك مسلكا يتنافى وكرامة القضاء فيكون محلا للمساءلة التأديبية ولكن بالضمانات الآتية :

- مجلس التأديب :

لا يحاكم القضاة تأديبيا الا أمام مجلس تاديب القضاة ، والمشكل تشكيلا خاصا وفقا للمادة (٩٨ س ق) .

- رفع الدعوى التأديبية :

لا ترفع الدعوى التأديبية الا من النائب العام بناء على طلب وزير العدل ، أو من مجلس التاديب نفسه ، حالة عدم قيام النائب العام برفع الدعوى خلال ٣٠ يوما من تاريخ الطلب (م ٩٩ س ق) .

---

(٣٢) وهذا لا يكون الا فى حالة ما اذا كان التنبيه كتابة ، أما فى حالة التنبيه الشفوى فلا يكون للقاضى حق الاعتراض عليه (كتابة) ، وهذا لا يضير القاضى فى شئ اذ أنه ليس مودعا فى ملفه ، والمعروف أن التنبيه لا يقع الا بعد سماع أقوال القاضى . ويملك توقيع هذه العقوبة رئيس المحكمة التى يعمل بها القاضى ، وكذلك وزير العدل بالنسبة للرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية .

ـ سبق التحقيق :

لا تقام الدعوى التأديبية على القاضى الا بعد اجراء تحقيق جنائى أو ادارى مع القاضى المطلوب محاكمته ، وهذا التحقيق يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة استئناف يندبه وزير العدل بالنسبة للمستشارين ، أو مستشار من ادارة التفتيش القضائى بالنسبة الى الرؤساء أو القضاة بالمحاكم الابتدائية (م ٢/٩٩ س ق) .

ـ ضمانات تحقيق الدعوى :

لمجلس التأديب اتخاذ ما يراه لازما فى سبيل تحقيق الدعوى ، اما بنفسه واما بمن يندبه المجلس من أعضائه (م ١٠١) · وتكون جلسات التحقيق ـ على خلاف القاعدة العامة ـ سرية (م ١٠٦ س ق) محافظة على هيبة القاضى ، وتكون جلسة النطق بالحكم أيضا سرية (م ١٠٧) . مع ملاحظة أن الدعوى التأديبية ذاتها تنقضى باستقالة القاضى أو احالته الى المعاش (م ١٠٤ س ق) .

ـ العقوبات التأديبية :

رأينا أن التنبيه الكتابى يمثل عقوبة تأديبية يوقعها ، بعد سماع أقوال القاضى ، وزير العدل أو رئيس المحكمة بحسب الأحوال . أما العقوبات التأديبية التى لا يملك توقيعها الا مجلس التأديب هى اللوم والعزل من الوظيفة (م ١٠٨) . فلا يملك المجلس توقيع غيرها . ويكون حكم المجلس بأيهما حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه (م ١٠٧ س ق) (٣٣) .

ويتولى وزير العدل تنفيذ الأحكام الصادرة من مجلس تأديب القضاة بأن يصدر قرارا بتنفيذ عقوبة اللوم ، لا ينشر فى الجريدة الرسمية · أو بابلاغ القاضى بالحكم الصادر بعزله فى خلال ٤٨ ساعة من صدوره ، ويستصدر قرارا جمهوريا بتنفيذ عقوبة العزل ، مع نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، ويعتبر تاريخ العزل هو تاريخ نشر القرار (٣٤) (راجع أحكام المادتين ١٠٩ ـ ١١٠ س ق) .

---

(٣٣) نقض ١٩٨٣/١١/٨ ، س ٣٤ ، ص ٧٩ .

(٣٤) مع ملاحظة أن القاضى تزول ولاية القضاء عنه من تاريخ ابلاغه بالحكم الصادر بعزله (١٠٩) .

١٢٩ ـ ٧ ـ ضمانات خاصة بمسئولية القضاة الجنائية :

لما كان القاضى بشر ، فمن الممكن أن يقع فى الخطأ ، ويرتكب فعلا يعد ـ بمقتضى القانون العقابى ـ جريمة جنائية ، وبالتالى يسأل ـ شأنه شأن أى مواطن ـ عن فعله الاجرامى . ومنعا من احتمال اتخاذ أية اجراءات اتهام أو تحقيق تعسفا بالقضاة أو التنكيل بهم ، حتى فى حالة ارتكابهم جريمة جنائية ، فكان على المشرع ـ حفاظا على استقلال القضاة ـ أن يحيطهم بضمانات معينة فى هذا الصدد . وبالفعل نص المشرع على الضمانات الآتية :

ـ مجلس القضاء الأعلى يحدد المحكمة التى تحاكم القضاة :

كان المشرع قد أنشأ لجنة خاصة تشكل من رئيس محكمة النقض وأحد نوابه ورئيس محكمة استئناف القاهرة ، تتولى هذه اللجنة ـ بناء على طلب النائب العام ـ تعيين المحكمة التى يكون لها سلطة الفصل فى الجنايات والجنح التى تقع من القضاة ولو كانت غير متعلقة بوظائفهم (٣٥) . ومن المعلوم أن مجلس القضاء الأعلى قد أصبح الآن هو المختص بمباشرة اختصاصات تلك اللجنة كافة .

ـ ضمانات القبض والحبس :

لا يجوز القبض على القاضى أو حبسه احتياطيا فى غير حالات التلبس الا بعد الحصول على اذن مجلس القضاء الأعلى . أما فى حالات التلبس بالجريمة فيجوز القبض على القاضى وحبسه احتياطيا قبل الحصول على الاذن المذكور ، ولكن على النائب العام رفع الأمر الى مجلس القضاء الأعلى خلال الأربع وعشرين ساعة التالية على القبض ، ولهذا المجلس الحق ـ بعد سماع أقوال القاضى ، ان طلب ذلك ـ فى تقرير استمرار الحبس أو الافراج عن القاضى بكفالة أو بدونها (م ٢/٩٦) ، وعليه ان قرر استمرار الحبس أن يحدد مدته ، وتراعى هذه الاجراءات كلما رؤى استمرار حبس القاضى احتياطيا بعد انقضاء المدة الأولى . ويقف

---

(٣٥) وان كان المشرع لم ينشىء محكمة خاصة تتولى محاكمة القضاة جنائيا كما فعل بالنسبة لمسئوليتهم التأديبية .

القاضى ـ بقوة القانون ـ عن مباشرة وظيفته ، بمجرد حبسه بناء على حكم أو أمر ، طوال مدة الحبس المقررة . ولكن لا يترتب على الوقف حرمان القاضى من مرتبه طوال مدة وقفه الا اذا قرر مجلس التأديب حرمانه من نصف مرتبه فيها (م ٣/٩٧ س ق) .

ـ ضمانات التحقيق والمحاكمة :

لا يجوز اتخاذ أى اجراء من اجراءات التحقيق مع القاضى ، أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جناية أو جنحة الا باذن مجلس القضاء الأعلى ، بناء على طلب النائب العام (م ٤/٩٦) . ويكون حبس القضاة وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية فى أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة للسجناء الآخرين (م ٥/٩٦ س ق) .

وتلك الضمانات بمفهومها الحديث قد عرفت أيضا فى الفقه الاسلامى ، اذ فضلا عن المناخ العام السائد فى الدولة الاسلامية وهو قوة الوازع الدينى لدى الحكام والمحكومين على السواء يتضافر الجميع على اقامة شرع الله وتحقيق العدل . فقد تحدث الفقهاء عن تلك الضمانات بأن تشددوا فى تحرى الدقة فى الشكاوى المقدمة ضد القضاة ، والتحقيق معهم سرا ، وأن يسأل الامام الثقات من الناس ممن لا يتهم عليهم ولا يخدع ، وليس للامام عزل من عرف بالعدالة والرضا (٣٦) .

ـ كفالة الاحترام الأدبى للقضاة :

القاضى أحوج ما يكون الى الاستقرار النفسى والمادى ، حتى يتمكن من أداء وظيفته بحيدة كاملة ، وحرية مطلقة ، ونزاهة مستقيمة . ومن هنا تظهر الحاجة الى كفالة الاحترام الأدبى للقاضى ومنع التأثير عليه من أى شخص (٣٧) . وعلى ذلك حرص المشرع على معاقبة كل :

ـ من يخل علنا بمقام القاضى أو هيبته أو سلطته فى نظر دعوى معينة ، بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيها أو باحدى هاتين العقوبتين (م ١٨٦ عقوبات) .

---

(٣٦) أنظر معين الحكام للطرابلسى ، ص ٣٢ ، ٣٣ . ومؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧ .

(٣٧) أنظر محمد عبد الخالق عمر ـ قانون المرافعات ص ٢٤٨ ـ ٢٥٠

- من نشر باحدى طرق النشر المحددة فى المادة ١٧١ ع ، أمورا تؤثر فى القضاة أو أعضاء النيابة العامة أو الموظفين المكلفين بتحقيق .. وذلك بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيها أو باحدى هاتين العقوبتين (١٨٧ عقوبات) .

المطلب الثانى

ضمان حياد القاضى

١٣٠ - تقسـيم :

ان القضاة بشر ، ولهم مصالحهم وعواطفهم الخاصة والتى قد يتأثرون بها فى قضائهم عندما تتعارض مصالحهم مع المصلحة المطلوب منهم حمايتها (٣٨) فكان على المشرع - ضمانا لحياد القاضى فى قضائه - أن يحدد الحالات التى يخشى معها تأثره بها ، ويمنعه من نظرها حتى لا يحكم فيها ، حماية للقاضى من تأثره بعواطفه ومصـالحه الشخصية ولضمان احترام وثقة الخصوم فى قضاء القاضى (٣٩) . وبالفعل تحرص التشريعات على تحديد الحالات التى قد يتأثر بها القاضى وتمنعه من نظرها بل يترتب على قيامها ، عدم صلاحيته لنظرها ولو لم يطلب الخصوم ذلك ، وهذه الحالات هى ما يطلق عليها الفقه الايطالى عدم أهلية القاضى المطلقة لنظر الدعوى (٤٠) (incapacità assoluta)

وهناك حالات أخرى يكون للخصوم حق طلب رد القاضى عن نظر الدعوى وهذه ما يطلق عليها عدم الصلاحية النسبية (incapacità relativa) لأنها جوازية للخصوم ، لهم طلب رد القاضى ، ولهم أيضا

---

(٣٨) ابراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - جزء أول ص ٢٧٥

(٣٩) فتحى والى - قانون القضاء المدنى سنة ١٩٧٢ ص ٣٥٢ ، أحمد أبو الوفا المرافعات ط ١٤ سنة ١٩٨٦ بند ٥٩ ، ص ٨٠ ، رمزى سيف - ص ٧١ .

(٤٠) كيوفندا - مبادىء قانون الاجراءات المدنية - نابولى سنة ١٩٦٥ ص ٥٧٢ ، كوستاسيرجو - قانون الاجراءات المدنية - تورينو سنة ١٩٧٣ ص ١٩٧ .

ألا يطلبوا ذلك ، وهناك أخيرا حالات يكون للقاضى فيهـــا من تلقاء نفسه أن يتنحى عن نظر الدعوى خشية تأثره بعاطفته أو مصالحه .

ويلاحظ أن أساس تنحية القاضى عن الحكم فى دعاوى معينـــة ليس هو الشك فى نزاهته أو ذمته ، لأن القاضى المشكوك فى ذمته لا يصلح أصلا لأن يتولى منصب القضاء (٤١) وانما الأساس فى ذلك هو حماية مظهر الحيدة التى يجب أن يظهر بها القاضى أمام الخصـــوم والجمهور (٤٢) .

واذا كان العدل هو أساس الحكم فى النظام الاسلامى ، وتحقيق العدل لا يتأتى الا بنزاهة القضاة ، فمن الطبيعى أن يهتم الفقه الاسلامى بصلاحية القضاة ونزاهتهم وضمان حيدتهم ، بابعادهم عن كل ما يؤدى الى الاتهام أو التحيز ، فاشترطوا لصحة قضاء القاضى ونفاذه شروطا يجب توافرها فى الخصوم من ناحية علاقتهم بالقاضى . فقرروا أنه يشترط فى المقضى له ألا يكون ممن لا تقبل شهادة القاضى لهم ، وعلى ذلك لا يجوز للقاضى أن يحكم لأصوله وان علو ولا لفروعه وان نزلو ولا لأقاربه ، كما لا يجوز له أن يقضى لموكله ، ولا لمن كانت بينه وبين القاضى مودة ، ولا لما للقاضى فيه مصلحة .

كما اشترطوا فى المقضى عليه أن يكون ممن لا تقبل شهادة القاضى عليهم ، مثل أعدائه أو خصومه .

كما اشترطوا ألا يحكم القاضى بعلمه ، وفضلا عن كل هذا فقـــد حدد فقهاء الاسلام للقضاة آدابا يجب أن يسيروا عليها ، يمكن ادخالها فى حالات رد القضاة فى الأنظمة المعاصرة (٤٣) .

---

(٤١) رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ٧١ ، أحمد أبو الوفا ـ المرجع السابق ص ٨٠ بند ٥٩ .

(٤٢) ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص ٢٧٦ ، فتحى والى ـ الوسيط فى قانون القضاء المدنى بند ١٠٧ ص ١٩٧ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٩ . وانظر موريل ص ١٣٣ وفنسان ص ١٩٠

(٤٣) أنظر تفصيلا فى هذه الحالات ، مؤلفنا ـ القضاء ونظام الاثبات ، ص ٦٦ ـ ٦٨ بند ٤٠ ، والنظام القضائى الاسلامى ، ص ٢٠٧ بند ٦٨ وما بعدها .

١٣١ – أولا : حالات عدم الصلاحية أو عدم الأهلية :

incapicta assoluta, au inhabilité

يحدد المشرع فى المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية ، والمادة ١٤٩ من قانون المرافعات الحالات التى لا يكون فيها القاضى صالحا لنظر الدعوى وممنوعا من سماعها ، ولو لم يرده أحد الخصوم ، وتشترك هذه الحالات فى أنها تكون معلومة لدى القاضى ويصعب الجهل بها ، كما أنها مما تتأثر بها النفس . ولهذا فقد ألزم المشرع القاضى بالتنحى عن نظر الدعوى اذا قامت به حالة من الحالات المنصوص عليها ، والا وقع عمله باطلا ولو كان ذلك باتفاق الخصوم . وفيما يلى عرض لهذه الحالات .

١ – القرابة أو المصاهرة بين أعضاء المحكمة أو أحد أفراد الدفاع أمامها :

تنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية على أنه لا يجوز أن يجلس فى دائرة واحدة ، قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة ، حتى الدرجة الرابعة ، كما لا يجوز أن يكون ممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه تربطهم بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى هذه الرابطة . ولا يعتد بتوكيل المحامى الذى تربطه بالقاضى الصلة المذكورة اذا كانت لاحقة على توليه نظر الدعوى . وحكمة هذا النص ظاهرة وهى منع تحايل الخصوم بابرام توكيل مع محام يكون قريبا للقاضى أو صهرا له للوصول الى تقرير عدم صلاحية هذا القاضى لنظر الدعوى اذا ما تم التوكيل بعد بدء القاضى نظر الدعوى بالفعل (٤٤) .

٢ – القرابة أو المصاهرة :

اذا كان القاضى قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كانت للقاضى صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه ، أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى ، فيكون

---

(٤٤) فتحى والى – الوسيط – ص ٢٢٣ بند ٢١٤ .

القاضى ممنوعا من سماع الدعوى لأن من شـــأن هذه الرابطـــة مظنة أن يتأثر بها القاضى ويخرج عن حياده (٤٥) . وهناك من يذهب الى أن المصاهرة التى تعد سببا من أسباب عدم الصـــلاحية انما هى المصاهرة القائمة ، أما المنقضية بوفاة أحد الزوجين أو بانحلال الزواج أو لأى سبب فلا تعد سببا من أسباب عدم الصلاحية ، ولكن هذا الرأى يتعارض مع صراحة النص الذى لم يتطلب أن تكون المصاهرة قائمة بالفعل ، بالاضافة الى أن رابطة المصاهرة تمتد بآثارها النفســـية والاجتماعية رغم انقضائها (٤٦) . وتنتج هذه الرابطة أثرها حتى ولو كان القاضى قريبا أو صهرا للخصمين معا اذ قد تكون علاقته بأحدهما علاقة عطف ومودة ، وبالآخر علاقة بغض وكراهية (٤٧) .

٣ ـ الخصومة القائمة :

يكون القاضى غير صالح للحكم أو نظر الدعوى اذا كانت له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو زوجته . ويشترط لانتاج هذا الأثر أن تكون الخصومة قائمة بالفعل وقت رفع الدعوى التى يكون القاضى فيها ممنوعا من سماعها ، فاذا كانت قد انتهت أو رفعت بعد رفع الدعوى فلا تعتبر سببا من أسباب عدم الصلاحية ، وان كانت تعتبر سببا للرد ، وذلك منعا لتحايل الخصوم لمنع القاضى من نظر الدعوى ، وذلك باثارة خصومة معه أو مع زوجته (٤٨) .

---

(٤٥) أنظر فنسان بند ١٦٨ ص ١٨١ ، سوليس وبيرو ـ جزء ١ بند ٧٩٠ ص ٦٧٢ .

(٤٦) أنظر عرض هذا الرأى ونقده . فى عبد الخـــالق عمر ـ قانون المرافعات ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣ .

(٤٧) عبد الباسط جميعى ـ نظرية الاختصاص سنة ١٩٧٦ ص ٢٢١ ، محمد وعبد الوهاب العشماوى المرجع السابق ص ١٤٧ .

(٤٨) رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ٧٤ ، محمـــد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٤٩ . علما بأن الخصومة فى هذا الخصـــوص انما هى الاجراءات القضائية فى أى من مراحل التقاضى . وبالرغم من ذلك فان هناك من يرى أن مجرد الشكاوى المتبادلة تكون سببا لعدم صلاحية القاضى (محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات ١٩٧٨ ص ٣١٦ ومحمـــد عبد الوهاب العشماوى ص ١٤٨ بند ١١٣) عكس ذلك الشرقاوى وفتحى والى ـ المرافعات المدنية والتجـــارية ١٩٧٧ ص ١٦٤ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٢١ هامش (١) .

٤ ـ الوكالة والنيابة ومظنة الوراثة :

اذا كان القاضى وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له ، يكون غير صالح لنظر الدعوى، خشية تأثر القاضى بعاطفته وصفته كوكيل أو وصى ويحيد عن العدالة . ويشترط لذلك أن تكون الوكالة أو القوامة أو الوصاية قائمة عند نظر الدعوى ، فاذا كانت قد انقضت قبل رفع الدعوى فلا تعتبر سببا من أسباب عدم الصلاحية (٤٩) . ويقصد بمظنة الوراثة أن يكون بين القاضى وأحد الخصوم علاقة قرابة أبعد من الدرجة الرابعة أو تربطه به سبب من أسباب الارث ولو وجد من يحجبه أو يحرمه منه ذلك لاحتمال زوال سبب الحجب أو الحرمان قبل وفاة الخصم (٥٠) أما اذا كان الارث قد تحقق بالفعل قبل رفع الدعوى فلا يكون القاضى ممنوعا من سماعها وفقا لهذه الحالة ، ومن ناحية أخرى فان مظنة ارث أحد الخصوم للقاضى لا ترتب عدم الصلاحية (٥١) . كما أن وكالة محامى أحد الخصوم عن القاضى ليست مانعا للقاضى من نظر الدعوى (٥٢) .

٥ ـ وجود مصلحة فى الدعوى :

اذا كانت للقاضى أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب ، أو لمن يكون هو وكيلا عنه ، أو وصيا أو قيما عليه ، مصلحة فى الدعوى القائمة ، يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها . ويقصد بالمصلحة فى الدعوى أن يتواجد القاضى أو زوجته

---

(٤٩) أنظر نقض مدنى ١٩٦٦/١٠/٢٧ ـ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٥٩٢ .

(٥٠) رمزى سيف ـ الاشارة السابقة ، فتحى والى ـ المرجع السابق ص ٣٥٦ .

(٥١) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ٢١٤ ـ محمد عبد الخالق عمر ـ ص ٢٥٥ .

(٥٢) نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق ، ونقض ١٩٨٤/٦/٧ فى الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق .

أو أحد أقاربه فى مركز قانونى يتأثر بالحكم فى الدعوى (٥٣) مما يرجح معه الاخلال بحيدة القاضى (٥٤) . وتترتب النتيجة السابقة حتى ولو لم يكن أحد الأشخاص المذكورين خصما فى الدعوى أو طرفا فيها (٥٥) .

٦ - معرفة القاضى المسبقة للنزاع :

اذا ثبت علم القاضى بوقائع النزاع قبل رفع الدعوى يكون غير صالح لنظرها ويتحقق علم القاضى بالنزاع اما بسبق افتائه أو مرافعته فى النزاع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو سبق الكتابة فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو سبق نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما أو كان قد أدلى بشهادة فيها (٥٦) .

والحكمة من ذلك واضحة وهى أن الافتاء أو المرافعة أو الكتابة فى الدعوى أو الادلاء بالشهادة فيها أو سبق نظرها من جانب القاضى ، يدل دلالة واضحة على اتجاه القاضى فى الرأى ، الأمر الذى يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه القاضى من الحيدة والحرية فى تكوين الرأى على ضوء ما يجرى أمامه من تحقيق وأدلة يقدمها الخصوم (٥٧) ويشترط لانتاج هذا الأثر هو أن يكون الافتـــاء والمرافعة والكتابة والادلاء بالشهادة يجب أن يكون فى نفس الدعوى المنظورة . أما اذا كان ذلك فى دعوى مشابهة فلا يمنع ذلك من نظر الدعوى من جانب القاضى (٥٨) وعلى ذلك لا يعتبر سببا لعدم صلاحية القاضى ما يلى :

---

(٥٣) فتحى والى - قانون القضـــاء المدنى سنة ١٩٧٢ ص ٣٥٧ - الوسيط ص ٢١٤ .

(٥٤) ابراهيم سعد - القانون القضائى الخاص سنة ١٩٧٤ ص ٢٧٨ .

(٥٥) رمزى سيف - المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٩ ص ٧٤ ، فتحى والى - الاشارة السابقة .

(٥٦) نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٠ ق - لم ينشر . ١٩٨٥/١٢/١٥ فى الطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٢ ق .

(٥٧) رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٦ ، محمد وعبد الوهـــاب العشماوى المرجع السابق ص ١٥٢ . وقيام القاضى بعمل يكشف عن اعتناقه لرأى معين ، أثره ، فقد صلاحية القاضى للفصل فى الدعوى ، ووقوع حكمه فيها باطلا (نقض ١٩٨٧/٥/٥ فى الطعن ٩١ لسنة ٥٤ ق) .

(٥٨) فتحى والى - المرجع السابق ص ٣٥٧ .

ـ سبق نظر دعوى مستعجلة لا يمنع القاضى من نظر الدعـوى الموضوعية المتعلقة بها لاختلاف الدعويين (٥٩) . وكذلك سبق اصدار حكم غيابى أو حكم فى الدعوى لا يمنع من نظر المعارضة والالتماس المرفوع عنهما لأن المعارضة والالتماس تكون أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بنص القانون . وكذلك تختص المحكمة التى تنظر الدعوى بالحكم فى الاجراءات الوقتية بها ، وعليه فاذا صدر حكم مشمول بالنفاذ المعجل وحصل التظلم منه أمام محكمة الاستئناف بطلب الغاء النفاذ المعجل فان ذلك لا يمنع المحكمة التى فصلت فى التظلم من الحـــكم فى استئناف الموضوع عند رفعه اليها (٦٠) . ومن ذلك أيضا ما أكده المشرع بنصه على جواز ابداء التظلم من الوصف أمام المحكمة التى تنظر استئناف الموضوع (مادة ٢٩١ مرافعات) . وكذلك اذا أصدر القاضى حكما بندب خبير خلوا من رأيه فى موضوع النزاع ، فان ذلك لا يفقده صلاحيته لنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم القطعى الصادر فى الدعوى ذاتها بهيئة أخرى (٦١) . ولكن يتوافر المنع من نظر الاستئناف اذا كان القاضى قد أصدر حكما ابتدائيا (٦٢) ولو كان غيابيا ، لو رفع استئنافا عن هذا الحكم (٦٣) . ويكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى من جديد بعد احالة الدعوى من محكمة النقض بعد نقض الحكم ، اذا كان القاضى قد اشترك فى اصدار الحكم المنقوض (م ٣/٢٦٩ مرافعات) .

ـ سبق ابداء الرأى فى مؤلف علمى أو فى بحث قانونى أو مقـــال صحفى لأن من شأنه الحجر على القاضى فى التأليف والكتابة والبحث .

---

(٥٩) أنظر نقض ١٩٦٦/١٢/١٤ ـ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٩٠٠

(٦٠) نقض مدنى ١٩٥٧/١/١٠ المجموعة السابقة س ٨ ص ٤٥ وكذلك اذا اشترك القاضى فى اصدار الحكم ببطلان التنفيذ لا يمنعه من نظر دعوى التعويض الناشئة عن هذا التنفيذ (راجع نقض ١٩٧٦/٦/١ المجمـــوعة س ١٧ ـ ٢٣٨ ص ١٢٤٧) .

(٦١) نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٦ فى الطعن ٥٣٣ لسنة ٤٦ قضائية .

(٦٢) نقض جنائى ١٩٤٧/١٢/٢٩ مجموعة قواعد الدائرة الجنائية س ١٦ ص ٩٦ . نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢٩ س ٣٤ ـ ١٧٦ ـ ٨٥٧ .

(٦٣) نقض ١٩٧٨/١/١٧ فى الطعن ٩٢٠ س ٤٤ قضائية . نقض ١٩٨٣/٣/٢٩ س ٣٤ ـ ١٧٦ ـ ٨٥٧ .

٨ ـ الحكم بجواز قبول المخاصمة :

اذا رفعت على القاضى دعوى مخاصمة ، وحكم بجواز قبولها ، فان القاضى يكون غير صالح لنظر الدعوى المرفوع عنها المخاصمة ، وذلك من تاريخ الحكم بجواز قبولها (م ٤٩٨ مرافعات) .

٩ ـ رفع دعوى على طالب الرد :

اذا قام أحد الخصوم بطلب رد القاضى عن نظر الدعوى ، فقام الأخير برفع دعوى تعويض على طالب الرد ، أو قدم ضده بلاغا لجهة الاختصاص ، تزول صلاحية القاضى للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها (م ١٦٥ مرافعات) (٦٤) .

ـ الأثر المترتب على عدم الصلاحية :

اذا تحقق سبب من الأسباب المتقدم ذكرها ، يصبح القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ، ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم . واذا استمر القاضى رغم ذلك ، فى مباشرة وظيفته وأصدر فى الدعوى حكما أو أحكاما كان عمله وقضاؤه لهذا باطلين ، ولو تم ذلك باتفاق الخصوم (م ١٤٧ مرافعات) ، اذ أن اتفاق الخصوم على رفع الدعوى أمام قاض معين مع علمهم بعدم صلاحيته لقيام سبب من أسباب عدم الصلاحية ، لا يصحح البطلان الذى تم . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فانه لو شاب هذا البطلان حكم من أحكام النقض ، فان المشرع قد أجاز الطعن فيه ـ خلافا للقاعدة العامة ـ أمام دائرة أخرى من بين دوائر محكمة النقض (م ١٤٧ مرافعات) . والحكمة من ذلك أن أسباب عدم الصلاحية تتعلق بالنظام العام ، ويجوز من ثم التمسك بها فى أى حالة كانت عليها الاجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصرها مطروحة على محكمة الموضوع (٦٥)

---

(٦٤) نقض ١٩٨٣/٣/٢ ، س ٣٤ ـ ١٥٨ ـ ص ٧٤٦ مع مراعاة أن ترك اجراءات الرد تسير فى طريقها المرسوم لا يسقط حق القاضى فى رفع دعوى التعويض ، الحكم ذاته .

(٦٥) نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن ٦٥ لسنة ٥٠ ق ـ لم ينشر بعد . نقض ١٩٧٩/٤/١١ س ٣٠ ص ١٠١ .

ورغم اتفاق الجميع على بطلان الحكم الصادر من القاضى الذى قامت به حالة من حالات عدم الصلاحية ، فانهم قد اختلفوا حول وسيلة هذا البطلان ، هل يتم تقريره بدعوى مبتدأة ، أم عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة فحسب ؟

من الفقهاء (٦٦) من ذهب الى القول بان عدم صلاحية القاضى يعتبر عيبا جسيما يعيب الحكم ويجعله فى حكم المعدوم ، الأمر الذى يمكن تقرير بطلانه بدعوى البطلان المبتدأة .

الا أن الرأى السائد فقها وقضاء (٦٧) هو أن الحكم الصادر عن قاضى غير صالح لاصداره لا يعتبر حكما معدوما ،ومن ثم فلا يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه ، وانما يمكن تقرير بطلانه عن طريق الطعن فيه بالوسائل التى يحددها القانون ، فاذا لم يطعن فيه يصبح باتا وحائزا لقوة الأمر المقضى فيه . ونظرا لأن البطلان هنا متعلق بالنظام العام ، فهو لا يسقط أو يزول بالتعرض للموضوع .

ونفضل نحن الرأى الأخير القائل بعدم جواز رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم الصادر من قاض غير صالح لاصداره ، ويتم ذلك عن طريق وسائل الطعن المقررة فى هذا الشأن وذلك للأسباب الآتية :

- ان الحكم الصادر من قاض غير صالح لاصداره ، يعد حكما نظرا لصدوره عن قاض له ولاية القضاء ، ولو كان الحكم باطلا ، فان ذلك لا ينفى عنه صفة الحكم ، ومن ثم فوسيلة تصحيح هذا الحكم هى الطعن فيه وليس غير ذلك من وسائل ، فصلاحية القاضى لاصدار الحكم لا تعتبر ركنا فيه حتى يفيد انتفائها انعدام الحكم ، وانما تعد شرطا لصحة الحكم .

---

(٦٦) فتحى والى - الوسيط ص ٢١٢ هامش (٣) . ويؤيده عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٢٥١ .

(٦٧) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٢٢٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ١١٧ ص ١٥٣ . أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ بند ٦١ ص ٧٣ . محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات ص ٣٢٠ نقض جنائى ١٩٦٠/٤/٢٦ مجموعة النقض الجنائية س ١١ ص ٣٨٠ .

ـ ان دعوى البطلان المبتدأة بالنسبة للأحكام تعد خروجا على الأصل العام المقرر بالنسبة لأحكام القضاء التى لا يتم بطلانها أو ابطالها الا بالطرق المحددة ، ولا تكون دعوى البطلان المبتدأة الا بالنسبة للعمل الذى لا يطلق عليه قانونا وصف الحكم . وهو الحكم المنعدم الذى يفتقد ركن من أركانه الجوهرية والأساسية · وعلى ذلك فلا يجب التوسع فى تطبيق هذه الدعوى .

ـ ان المشرع قد أجاز الطعن فى الأحكام الباطلة أو المبنية على اجراءات باطلة ، بوسائل الطعن العادية ، حتى ولو كانت صادرة بصفة انتهائية (م ٢٢١ مرافعات) ·

ـ حرص المشرع على تنظيم طريق طعن خاص بالنسبة لحكم النقض الباطل بسبب عدم صلاحية من أصدره ، وذلك خروجا على الأصل العام وهو عدم جواز الطعن فى أحكام النقض . ولو كان المشرع قد اعتبر الحكم فى هذه الحالة منعدما ، لما كان بحاجة الى استحداث مثل هذا الطريق الخاص .

١٣٢ ـ ثانيا : رد القضاة عن الحكم :

ينص المشرع على حالات أخرى اذا تحققت احداها ، جاز للخصم طلب رد القاضى (٦٨) وتنحيه عن الحكم فيها ـ واذا لم يطلب الخصم ذلك ـ خلافا لأسباب عدم الصلاحية ـ يكون للقاضى الاستمرار فى نظر الدعوى وترتيب الحماية القضائية المطلوبة . وحالات الرد هذه هى ما يطلق عليها الفقه الايطالى حالات عدم الصلاحية النسبية (٦٩)

وقد ذكر فقهاء الاسلام كثيرا من الآداب التى يجب أن يكون عليها القاضى فى معاملته وتعامله مع الخصوم ، وهذه الآداب يمكن ادخالها فى أسباب الرد لأنها قد تؤثر فى حياده ، ومن هذه الآداب ، عدم ذهاب

---

(٦٨) ساتا ـ الاجراءات المدنية ص ١٩٨ · وانظر فنسان بند ١٦٩ ص ٢٠٠ · وهناك مشروع بتعديل قانون المرافعات ، تناول عددا غير قليل من قواعد الرد وأحكامه ، نشير اليها فى موقعها ·

(٦٩) كيوفندا ـ مبادىء ص ٥٧٢ ، ساتا المرجع السابق ص ١٩٧ بند ١٤٤ ·

القاضى الى ضيافة أحد الخصمين أو استضافته لأحدهما فى منزله ، أو الاختلاء بأيهما فى مجلس الحكم أو فى محل آخر ، وكذلك الاشارة لأحد الخصوم باليد أو بالعين أو بالرأس أو الكلام مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر . وبعبارة أخرى كل ما من شأنه عدم التسوية بين الخصمين فى الجلوس والنظر وغيره (٧٠) .

واذا لم يطلب أحد الخصوم رد القاضى ، ولم يقم هو بالتنحى من تلقاء نفسه ، وحكم فى الدعوى ، فان هذا الحكم يكون صحيحا لا بطلان فيه (٧١) . وذلك لأن الأمر متروك للخصوم والقاضى . فليس هناك واجب قانونى على القاضى (٧٢) - كما فى حالات عدم الصلاحية - فى التنحى عن نظر الدعوى . وذلك لعدم وجود جزاء قانونى يترتب فى حالة مخالفة قواعد الرد والحكم فى الدعوى رغم قيام سبب الرد . وانما يمكن القول بأن هناك واجب أخلاقى (٧٣) يؤدى الى تنحى القاضى عن نظر الدعوى اذا قام به سبب من أسباب الرد للابتعاد عن الشبهات .

١٣٣ - أسباب الرد :

نصت المادة ١٤٨ من قانون المرافعات على حالات الرد بقولها يجوز رد القاضى لأحد الأسباب الآتية :

١ - اذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها . ويقصد بالتماثل فى الدعويين أن تكون المسألة القانونية المثارة فى كلا منهما واحدة ، أو أن تكون وقائع الدعويين متشابهة (٧٤) وحكمة ذلك أن القاضى بلا شك سوف يتجه فى حكمه الى الاتجاه الذى يتفق مع

---

(٧٠) انظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٦٨ .

(٧١) نقض ١٩/١٢/١٩٨٥ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق - سوليس وبيرو - جزء ١ ص ٦٨٢ بند ٧٩٨ .

(٧٢) عكس هذا الرأى - فتحى والى المرجع السابق ص ٣٥٩ .

(٧٣) ابراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش (١)

(٧٤) راجع فتحى والى - المرجع السابق ص ٣٦٠ . رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٧ ، أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٥٥ .

مصلحته أو مصلحة زوجته ، وحتى تعتبر سابقة قضائية يستند اليها فى دعواه (٧٥) . ويشترط أن تكون دعوى القاضى أو زوجته قائمة بالفعل أمام القضاء ، فاذا كانت قد انتهت أمامه ، فلا يعد ذلك سببا للرد (٧٦) .

٢ - اذا جدت بعد قيام الدعوى المطروحة عليه خصومة للقاضى أو زوجته مع أحد الخصوم أو مع زوجته . وبشرط ألا يكون الخصم قد أثارها بقصد رد القاضى عن نظر دعواه . أما اذا كانت الخصومة مع القاضى أو زوجته قد رفعت قبل قيام الدعوى المطروحة على القاضى فلا تعتبر سببا للرد وانما تعتبر من أسباب عدم الصلاحية كما سبق بيانه .

٣ - اذا كان لمطلقته التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو اصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة ، على القاضى ، بقصد رده .

٤ - اذا كان أحد الخصوم خادما للقاضى ، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعده . ويقصد بالخادم كل من تربطه بالقاضى صلة تبعية كالوكيل والكاتب والسكرتير وخلافه (٧٧) ، ويقصد باعتياد المؤاكلة تكرار المشاركة فى الطعام والشراب ولو على مائدة الغير (٧٨) . فلا يقتصر هذا المعنى على اعتياد دعوة الخصم للقاضى ، أو دعوة القاضى للخصم على الطعام فى منزلهما أو فى مكان خارجى ، أما المساكنة فيقصد

---

(٧٥) أنظر رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٧ ، ابراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٧٦) أنظر محمد عبد الخالق عمر - ص ٢٦٢ .

(٧٧) كاريه وشوفو الجزء الثالث - ص ٣٤٤ مشار اليه فى ابراهيم سعد ص ٢٨٢ هامش (٣) .

(٧٨) فتحى والى - ص ٢١٧ . عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر ص ٢٦٤ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٢٢ وعبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٢٢٦ هامش (٤) .

بها السكن المشترك . ولا تتحقق هذه المساكنة اذا كان الخصم والقاضى يسكنان معا فى مبنى واحد ولكن فى شقق منفصلة (٧٩) . وعلة ذلك أن المؤاكلة والمساكنة وتلقى الهدايا تعتبر دليل على الصداقة والمودة مما يرجح معه ميل القاضى للحكم فى صالح من يؤاكله أو يساكنه . وقبول الهدية تعتبر سببا للرد ولو لم تتوافر فيه أركان جريمة الرشوة (٨٠) . كما لا يشترط أن تكون قد قدمت لشخص القاضى ، فيمكن تقديمها بطريق غير مباشر كأن تقدم لزوجة القاضى أو أحد أبنائه (٨١) . ويشترط أن يكون القاضى قد قبلها .

٥ ـ اذا كان بين القاضى وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . ولا يشترط فى العداوة أن تصل الى حد الخصومة ، كما لا يشترط فى المودة أن تصل الى حد المؤاكلة أو المساكنة (٨٢) وهذا السبب يعتبر سبب عام تدخل فيه كثير من الصور ممايصعب معه القول بأن أسباب الرد منصوص عليها على سبيل الحصر. كما أن تقدير المودة والعداوة متروك للمحكمة حسب ظروف الدعوى (٨٣) .

---

(٧٩) أنظر فتحى والى ـ ص ٢١٧ محمد عبد الخالق عمر ـ ص ٢٦٤

(٨٠) رمزى سيف ص ٧٧ ، أحمد أبو الوفا ص ١٥٦ ، عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى ـ شرح قانون المرافعات الجديد ٧٥ ـ ١٩٧٦ ص ١٧٣ هامش (٥) .

(٨١) أنظر محمد كمال عبد العزيز ص ٣٢٢ . محمد عبد الخالق عمر ـ ص ٢٦٥ . كما يرى البعض أنه يشترط فى الهدية أن تكون ذا قيمة حقيقية فلا تعتبر هدايا فى هذا الخصوص تلك التى تقدم لأطفال القاضى اذا كانت تافهة القيمة (كمال عبد العزيز ـ ص ٣٢ ـ محمد عبد الخالق عمر ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥ . عكس ذلك . احمد أبو الوفا ـ التعليق جـ ١ ص ٥٢١) .

(٨٢) رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ٧٨ .

(٨٣) استئناف مصر ١٩٤٠/١٢/٨ المحاماة ٢١ ـ ص ٥٧٧ واستئناف مصر ١٩٣٥/٣/٢٥ المحاماة ١٦ ص ١٥٤ .

١٣٤ ـ اجراءات الرد :

اذا لم يتنح القاضى عن نظر الدعوى بالرغم من توافر سبب من أسباب رده ، كان لصاحب المصلحة فى تنحيته أن يطلب رده وفقا للاجراءات والقواعد الآتية :

١ ـ تقرير الرد :

تبدأ خصومة الرد بتقرير بقلم كتاب المحكمة المختصة ، يوقعه الطالب بنفسه أو بوكيله المفوض فيه بتوكيل خاص ، يرفق بالتقرير (٨٤). ويجب أن يشتمل التقرير على الأسباب التى بنى عليها الرد ، وعلى أن تكون هذه الأسباب ، بداهة ، من أسباب الرد (٨٥) . وأن يرفق بتقرير الرد ما يوجد من أوراق أو مستندات تؤيد أسبابه (م ١٥٣ مرافعات) . كما يجب بداهة تحديد اسم القاضى المطلوب رده ، فلا يجوز مثلا أن يوجه طلب الرد الى دائرة بأكملها دون تحديد أسماء أعضائها ، ولا أن يوجه طلب الرد الى جميع مستشارى محكمة النقض أو بعضهم بحيث لا يبقى منهم ما يكفى للحكم فى طلب الرد أو فى موضوع الدعوى عند قبول طلب الرد (م ١٦٤ مرافعات) .

واذا كان الرد واقعا فى حق قاض جلس أول مرة لسماع الدعوى وكان ذلك بحضور الخصوم ، فان الرد يجوز بمذكرة تسلم لكاتب الجلسة ، على أن يقوم طالب الرد بتأييد طلب الرد بتقرير بقلم الكتاب فى اليوم نفسه ، أو فى اليوم التالى ، والا سقط الحق فيه (م ١٥٤ مرافعات) .

وحرصا من المشرع على ضمان جدية طلب الرد ، أوجب المشرع على الطالب أن يودع عند التقرير مبلغا خمسة وعشرين جنيها على سبيل الكفالة (خمسة أمثال هذا المبلغ وفقا للتعديل المقترح) . ويحكم

---

(٨٤) نقض ١٩٨٧/١/٢٢ فى الطعن ٧٢٨ لسنة ٥٣ ق .

(٨٥) سوليس وبيرو ـ المرجع السابق جزء أول ص ٦٧٦ ، أنظر نص المادة ٥٢ مرافعات ايطالى ، ميكيللى المرجع السابق ص ١٦١ ، عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ١٧٥ .

بمصادرتها عند رفض الطلب ، أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو عند التنازل عنه (م ١٥٩ مرافعات) .

٢ ـ ميعاد الرد :

يقدم طلب الرد قبل تقديم أى دفع فى الخصومة الاصلية والا سقط الحق فيه ، واذا كان القاضى المطلوب رده منتدبا فيقدم طلب الرد خلال ثلاثة أيام من يوم ندبه اذا كان قرار الندب صادرا فى حضور الطالب ، ومن يوم اعلانه به اذا كان قرار الندب صادرا فى غيبته (م ١٥١ مرافعات) . أما اذا كانت أسباب الرد قد حدثت بعد مضى هذه المواعيد أو أن الطالب لم يعلم بها الا بعد الكلام فى موضوع الدعوى الاصلية فيجوز تقديم طلب الرد بعد ذلك . ولم يحدد المشرع ميعادا لذلك (م ١/١٥٢) مع ملاحظة أن المشرع قد استحدث فقرة جديدة أضافها الى المادة ١٥٢ من قانون المرافعات وذلك بالمادة الأولى من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ . تقضى بسقوط حق الخصم فى طلب الرد اذا لم يحصل التقرير به قبل اقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق مقدم فى الدعوى اخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى اقفال باب المرافعة .

هذا وقد نص مشروع تعديل قانون المرافعات على عدم قبول طلب الرد فى جميع الاحوال بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٣ ـ المحكمة المختصة بالفصل فى طلب الرد :

القاعدة ـ وفقا للنصوص الحالية (٨٦) ـ أن المحكمة التابع لها القاضى المطلوب رده هى المختصة بالفصل فى طلب الرد ، بشرط ألا يشترك القاضى المطلوب رده فى نظر هذا الطلب ، حتى لا يكون حكما وخصما فى وقت واحد .

---

(٨٦) غير أن المشروع الجديد لتعديل قانون المرافعات ، قد نص على اضافة فقرة جديدة الى المادة ١٤٨ ، جعل الاختصاص بنظر طلب الرد الى محكمة الاستئناف مباشرة اذا كان المطلوب رده أحد قضاة المحكمة الجزئية أو الابتدائية ، والى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف أو النقض بحسب المستشار المطلوب رده .

واذا طلب رد جميع قضاة المحكمة الابتدائية أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفى للحكم ، رفع طلب الرد واجابات القضاة لمحكمة الاستئناف ، فان قضت بقبوله أحالت الدعوى للحكم فى موضوعها على أقرب محكمة ابتدائية ، أما اذا طلب رد جميع مستشارى محكمة الاستئناف أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفى للحكم ، رفع طلب الرد الى محكمة النقض ، والتى عليها ان قضت بقبوله الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية .

« واذا طلب رد أحد مستشارى النقض ، حكمت فى هذا الطلب دائرة أخرى غير تلك التى يكون المستشار عضوا فيها » (٨٧) . وطبيعى أن ينص القانون على عدم جواز طلب رد جميع مستشارى محكمة النقض أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفى للحكم فى طلب الرد ، أو فى موضوع الدعوى الأصلية عند قبول طلب الرد .

نصت على هذه الأحكام المادة ١٦٤ من قانون المرافعات ،

١٣٥ ـ خصومة الرد :

١ ـ خصومة الرد :

بتقديم طالب الرد تقرير الرد على النحو المتقدم ، تنشأ خصومة طرفاها طالب الرد (مدعيا) والقاضى المطلوب رده (مدعى عليه) (٨٨) الهدف منها الحصول على حكم بالزام القاضى بالتنحى عن نظر الدعوى الأصلية المرفوعة اليه . وهى خصومة حقيقية من طبيعة قضائية (٨٩) .

---

(٨٧) شطبت هذه الفقرة من المادة ١٦٤ من قانون المرافعات ، فى مشروع التعديل ، لأنه لم يعد لها محل مع اضافة الفقرة المستحدثة الى المادة ١٤٨ .

(٨٨) وبالتالى فان خصم طالب الرد فى الدعوى الأصلية لا يعتد خصما فى خصومة الرد . ومن ثم لا تنشأ له حقوق الخصم ، ولا واجباته فيها .

(٨٩) كوستا ـ المرافعات ، بند ١٤٦ ، ميكيلى ـ المرافعات ، ص ١٦١ ، فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٩١٤ ، رمزى سيف ، ص ٨٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٨٥ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٦٧ . عكس ذلك أبو الوفا ـ المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٩١ ، بند ٦٦ ، الذى يرى أن القاضى لا يعتبر طرفا فى خصومة الرد ، ومن ثم لا يجوز له الطعن فى الحكم الصادر برده ، فضلا عن أنه لا يحكم عليه بمصاريف الدعوى اذا خسرها . وكذلك ستا ص ٥١ .

واذا كانت خصومة الرد تبدأ بتقديم تقرير الرد الى قلم كتاب المحكمة المختصة ، فانها لا تنعقد بين طرفيها ، وفقا للقانون ، الا باعلان هذا التقرير الى القاضى المطلوب رده . ونظرا لخصوصية خصومة الرد ، فان المشرع قد حدد وسيلة خاصة لانعقادها ، وهى قيام رئيس المحكمة المقدم اليها التقرير باطلاع القاضى المطلوب رده على التقرير فورا ، وارسال صورة منه الى النيابة .

وقد نصت المادة ١٥٥ على ذلك فعلا وأوجبت على كاتب المحكمة رفع تقرير الرد الى رئيس المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة من ايداع تقرير الرد .

واذا كان القاضى المطلوب رده منتدبا من محكمة أخرى أمر رئيس المحكمة بارسال تقرير الرد ومستنداته الى المحكمة التابع هو لها لتطلعه عليها وتتلقى جوابه عنها ثم تعيدها الى المحكمة الأولى (م ١٥٨) .

يتضح لنا أن وسيلة انعقاد خصومة الرد هى ـ اطلاع القاضى على تقرير الرد ، وليس اعلانه بها وفقا للقواعد العامة ، لأن خصومة الرد ، وان كانت خصومة حقيقية ، هى من نوع خاص فى موضوعها وفى اجراءاتها ، حيث أن موضوعها ليس المطالبة بحق خاص وانما هو المطالبة بتنحية قاض بسبب عدم صلاحيته النسبية ، الأمر الذى يمس القضاء ويتعلق بالتالى بمصلحة عامة ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام ترك الخصومة وقواعده ، ولا أحكام شطب الخصومة (٩٠) .

ويترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية بقوة القانون الى أن يحكم فيه نهائيا ، فلا يجوز للقاضى المطلوب رده أن يتخذ أى اجراء فيها والا كان باطلا (٩١) . وفى حالة الاستعجال يجوز للمحكمة ـ بناء على طلب الخصم ـ ندب قاض آخر بدلا ممن طلب رده . وهذا

---

(٩٠) وجدى راغب ـ مبادىء ، ١٩٨٧ ، ص ٢٠١ ، ٢٠٢ . نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٤١ ق .

(٩١) فاذا حكم القاضى المطلوب رده فى الدعوى قبل الفصل فى طلب الرد كان حكمه باطلا (نقض ١٩٨٣/٤/٢٤ ، س ٢٤ ، ص ١٠٣٧) .

الأثر الموقف لا يترتب على تقديم طلب رد ثان بعد الحكم برفض طلب رد سابق ، أو بسقوط الحق فيه أو بعدم قبوله أو باثبات التنازل عنه الا اذا أمرت المحكمة بوقف الدعوى بناء على طلب الخصم (٩٢) .

٢ - التنازل عن خصومة الرد :

هل يجوز التنازل عن طلب الرد بعد تقديمه ؟ ذهب البعض الى عدم جواز ذلك ، اعتبارا بأن دعوى الرد شبيهة بالدعوى العمومية ، اذا رفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضى المطلوب رده . ويتعين لذلك السير فيها ولو قرر المدعى تنازله عنها وقبل القاضى هذا التنازل ، لأنه - فى رأيهم - ليس طرفا فى الخصومة حتى يمكنه قبول التنازل ، كما أن المصلحة العامة توجب الفصل فى الدعوى صيانة للقضاء من الريبة والشبهات (٩٣) .

وكنا قد انتقدنا هذا الرأى فى الطبعة الأولى من هـــذا المؤلف لأسباب كثيرة (٩٤) . وأن هذا الخلاف لم يعد له محل بعد صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات والذى أجـاز - حسما لكل خلاف - التنازل عن خصومة الرد ، على أن تصادر الكفالة السابق دفعها عند تقديم تقرير الرد (٩٥) . ويجوز النزول عن طلب الرد فى أية حالة كان عليها الطلب ، يستوى فى ذلك أن يكون منظورا أمام محكمة أول درجة أو لدى محكمة ثان درجة (٩٦) .

---

(٩٢) راجع المواد ١٦٢ ، ١٦٢ مكرر من قانون المرافعات . نقض ١٩٨٦/١٢/٣٠ فى الطعن ١٠٨٠ لسنة ٥٢ ق .

(٩٣) أحمد أبو الوفا - المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٩٠ ، بند ٦٥ . عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى ، شرح قانون المرافعات الجديد ١٩٧٦ ، بند ١٢٢ ، ص ١٧٦ .

(٩٤) أنظر محمود هاشم ، ج ١ ، ص ٢٤٨ بند ١٤٦ .

(٩٥) ولكن فى حالة التنازل عن خصومة الرد ، لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالغرامة على المتنازل (م ١٥٩ مرافعات) (نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٤١ ق) .

(٩٦) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ فى الطعن ١٣٩ لسنة ٤٩ ق - المحاماة ، س ٦٥ - ابريل ١٩٨٥ ص ٧٧ ، رقم ٢٠ .

١٣٦ ـ الحكم فى خصومة الرد والطعن فيه :

١ ـ الحكم فى خصومة الرد :

بعد تقديم الخصم لطلب الرد الى قلم كتاب المحكمة المختصة على النحو المقرر ، يقوم كاتب المحكمة برفع تقرير الرد الى رئيسها خلال ٢٤ ساعة ، ويقوم الرئيس باطلاع القاضى المطلوب رده على التقرير وارسال صورة منه الى النيابة العامة (م ١٥٥ مرافعات) وعلى القاضى أن يجيب كتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال أربعة أيام من اطلاعه عليه (م ١٥٦ /١) .

واذا كانت الأسباب تصلح قانونا للرد ولم يجب عليها القاضى المطلوب رده فى الميعاد المحدد ، أو اعترف بها فى اجابته ، أصدر رئيس المحكمة أمرا بتنحيته (٢/١٥٦ مرافعات) .

واذا لم يقر القاضى بأسباب الرد ، يقوم رئيس المحكمة بتحديد الدائرة التى تتولى الفصل فى طلب الرد (٩٧) ، وذلك فى اليوم التالى لانقضاء الميعاد المضروب للقاضى للاجابة على طلب الرد ، وعلى قلم الكتاب اخطار باقى الخصوم فى الدعوى الأصلية بالجلسة المحددة لنظره وذلك بتقديم ما قد يكون لديهم من طلبات رد طبقا للمادة ٢/١٥٢ ـ ثم تقوم الدائرة بتحقيق الطلب فى غرفة المشورة ثم تحكم فيه بعد سماع أقوال الطالب وملاحظات القاضى عند الاقتضاء واذا طلب ذلك ، وممثل النيابة اذا تدخلت فى الدعوى ويتلى الحكم مع أسبابه فى جلسة علنية (م ١/١٥٧ معدلة بالمادة الثانية من القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

وفى حالة تقديم طلبات رد قبل اقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق يقوم رئيس المحكمة باحالة هذه الطلبات الى الدائرة ذاتها المنظور

---

(٩٧) وقد نص مشروع تعديل قانون المرافعات بأن على رئيس المحكمة الابتدائية ـ ان كان القاضى المطلوب رده قاضيا بها ـ ارسال الأوراق الى رئيس محكمة الاستئناف المختصة لتعين الدائرة التى تتولى نظر طلب الرد والفصل فيه .

أمامها ذلك الطلب لتقضى فيها جميعا بحكم واحد ودون التقيد بأحكام المادتين ١٥٦ ، ١٥٨ والخاصة باخطار القاضى بالرد للاجابة عليه (م ١٥٨ مكرر المستحدثة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ويراعى أنه عند تحقيق طلب الرد لا يجوز استجواب القاضى ولا توجيه اليمين اليه (٢/١٥٧ مرافعات) صونا لكرامته واحترامه .

وتحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائة جنيه (٩٨) وبمصادرة الكفالة . واذا كان الرد مبنيا على قيام عداوة أو مودة بين القاضى والخصم ، يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل ، وحكم برفضه ، فيجوز زيادة مبلغ الغرامة الى مائتين جنيه . وفى كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم ، وفى حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة (المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المستبدلة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ويترتب على الحكم برفض طلب الرد أن تعاود الخصومة الأصلية سيرها أمام نفس القاضى الا اذا كان هو قد بادر برفع دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغا الى جهة الاختصاص فيكون هنا القاضى غير صالح لنظر الدعوى (م ١٦٥ مرافعات) .

واذا قضت المحكمة بقبول طلب الرد فان القاضى يفقد صلاحيته لنظر الدعوى ، وبالتالى يحكم عليه بمصروفاتها تطبيقا للقواعد العامة (٩٩) .

---

(٩٨) تصبح الغرامة وفقا لمشروع تعديل قانون المرافعات مائتى جنيه ولا تزيد على ألف . وتكون بالنسبة للوجه الرابع من المادة ١٤٨ . ألفى جنيه .

(٩٩) أنظر فتحى والى - المرجع السابق ص ٣٦٦ الوسيط ص ٩١٨ وما بعدها رمزى سيف ص ٨٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٨٧ ، سوليس وبيرو ج ١ رقم ٧٩٦ ص ٦٨٠ ، كيوفندا - مبادىء ص ٥٧٥ وعكس ذلك أحمد أبو الوفا ص ٨٠ بند ٦٦ هامش (٢) .

٢ - الطعن فى الحكم فى طلب الرد :

لا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فى الرد بأى طريق فى القانون الايطالى . أما فى مصر فان المشرع أجاز لطالب الرد أن يستأنف الحكم الصادر برفض طلبه برد قاضى محكمة المواد الجزئية أو قضاة المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا . ويترتب على ذلك ما يأتى :

أ - أن الأحكام الصادرة فى الرد من محكمة الاستئناف أو من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف وذلك تطبيقا للقواعد العامة فى أن أحكام محاكم الاستئناف أو محكمة النقض لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف .

ب - أن القاضى المطلوب رده لا يجوز له الطعن فى الأحكام الصادرة برده . وذلك لأن المشرع لم ينص على حقه فى ذلك ، وعلى هذا يكاد يجمع الفقه (١٠٠) ويبنى الشراح رأيهم هذا على أن القاضى لا يعتبر طرفا فى الخصومة ، بدليل أنه لا يحكم عليه بالمصروفات اذا حكم بقبول الرد بالاضافة الى أنه مما يتنافى مع كرامة (١٠١) القاضى التشبث بالحكم فى الدعوى ، أو رغبة المشرع فى عدم جعل القاضى يتمادى فى الخصومة بعرض القضية مرة أخرى على محكمة الاستئناف (١٠٢) .

ولقد بينا ، فيما سبق أن خصومة الرد ، هى خصومة قضائية حقيقية طرفاها هما طالب الرد والقاضى المطلوب رده ، وقلنا أيضا أنه

---

(١٠٠) عبد الباسط جميعى - نظرية الاختصاص ١٩٧٦ ص ٢٣٢ مبادىء - ص ٢٣٣ ، أحمد أبو الوفا ص ٨٠ ، حامد فهمى - المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٤٠ ص ٥٩٣ ، أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر سنة ١٩٢١ ص ٧٠٦ بند ٩٩٧ . عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٢٧٤ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ - فتحى والى - الوسيط ص ٩٢١ .

(١٠١) عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى - شرح قانون المرافعات الجديد ص ١٧٩ - بند ١٢٥ . أحمد أبو الوفا - المرافعات بند ٦٦ ص ٨٠ وهامش (١) .

(١٠٢) فتحى والى - بند ١٥٧ ص ٣٦٨ .

ليس هناك ما يمنع ـ تطبيقا للقواعد العامة ـ من الحكم على القاضى بمصروفات الدعوى اذا ما حكم بقبولها (١٠٣) ، كما أنه وان كان نص المادة ١٦٠ من قانون المرافعات قد قصر حق الاستئناف على طالب الرد فذلك لأنها قد أوردت حكما خاصا بالنسبة له وهو حقه فى استئناف الحكم الصادر برفض طلب الرد أو عدم قبوله ، ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا ، وهذا يخالف القواعد العامة . أما بالنسبة للقاضى المطلوب رده ـ فلم ينص المشرع على حقه فى الاستئناف خلافا للقواعد العامة ، وانما تركه خاضعا لحكم هذه القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه يجوز للقاضى المطلوب رده ـ باعتباره طرفا فى خصومة الرد ـ أن يستأنف الحكم الصادر برده اذا كان صادرا فى موضوع يقبل الاستئناف تطبيقا للقواعد العامة (١٠٤) ، خصوصا وأن استئناف الحكم الصادر بالرد من جانب القاضى لا يتنافى مع كرامته لأن الغرض من ذلك ليس هو التشبث بالحكم فى الدعوى ، انما دفع ما قد يترتب على الحكم الصادر بالرد من مساس بسمعته خاصة اذا كان مبنى الرد قبول هدية من أحد الخصوم .

واذا كان المشرع يقرر حق القاضى فى رفع دعوى تعويض على طالب الرد عن الأضرار التى قد تلحقه من جراء الرد (١٦٥ مرافعات) فليس هناك ما يمنع من أن يستأنف القاضى الحكم الصادر بالرد لدفع ما قد يترتب عليه من مساس بسمعة وشرف القاضى (١٠٥) . وجدير بالذكر أن هذا الخلاف يصبح لا معنى له اذا ما صدر التعديل المقترح ، فى قانون المرافعات من جعل الاختصاص بنظر طلبات الرد الى محكمة الاستئناف أو محكمة النقض وحدهما ، اذ تصبح هذه الأحكام غير قابلة للاستئناف أصلا ، لا من قبل طالب الرد ولا من قبل القاضى .

---

(١٠٣) عكس ذلك ـ عبد الخالق عمر ـ ص ٢٧٢ ـ أحمد أبو الوفا ـ التعليق جـ ١ ص ٥٢٩ والمرافعات ص ٨٠ هامش (١) .

(١٠٤) رمزى سيف ـ المرجع السابق ـ بند ٦٥ ـ ص ٨٢ ـ ٨٤ ، ابراهيم سعد ـ ص ٢٨٨ .

(١٠٥) ابراهيم سعد ـ ص ٢٨٩ .

ويثور الخلاف كذلك بالنسبة لخصم طالب الرد فى الدعوى الأصلية، وهل يجوز له استئناف الحكم الصادر فى دعوى الرد المرفوعة من خصمه فذهب البعض الى أن هذا الخصم لا يعتبر خصما فى خصومة الرد ومن ثم فلا يكون له الطعن فى الحكم الصادر فيها (١٠٦) بينما ذهب البعض الآخر الى جواز ذلك اذا كان الحكم بقبول طلب الرد مما يمس شرفه ونزاهته كما لو كان مبنيا على أنه قد قدم هدية الى القاضى (١٠٧) ولكن الرأى الأول يتفق والمنطق الصحيح للقانون اذ أن حق الطعن لا ينشأ الا للخصوم فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه . وبما أن خصومة الرد تنشأ بين الخصم (طالب الرد) والقاضى (المطلوب رده) ، ومن ثم فلا يكون لغيرهما الطعن فى الحكم الصادر فيها .

واستئناف الحكم الصادر فى الرد يكون بتقرير بقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وذلك خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره . ويقوم قلم الكتاب بارسال ملف الرد وتقرير الاستئناف الى محكمة الاستئناف خلال الثلاثة أيام التالية لتقرير الاستئناف ويقوم قلم كتاب محكمة الاستئناف بعرض الأوراق على رئيسها لاحالتها على احدى دوائرها لنظرها وتصدر حكمها فيها على الوجه الذى تحدده المادة ١٥٧ .

١٣٧ ـ التنحى عن نظر الدعوى :

نظم القانون حالات تنحى القاضى ، من تلقاء نفسه ـ عن نظر الدعوى ، ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم ، ويمكن حصر هذه الحالات فى حالتين :

---

(١٠٦) أحمد أبو الوفا ـ التعليق جـ ١ ص ٥٢٩ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ . عبد الخالق عمر ص ٢٧٥ . ابراهيم سعد ص ٢٨٥ . فتحى والى ـ ص ٣٦٢ هامش (٣) . جارسونيية وسيزار برو جـ ٣ بند ٥٠٦ .

(١٠٧) عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٢٣٣ هامش (١) . عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى ، ص ١٤٧ .

١ ـ حالة توافر سبب من أسباب الرد :

اذا توافر سبب من أسباب الرد ، وجب على القاضى ـ تجنبا لطلب رده والسير فيه ـ أن يخبر المحكمة فى غرفة المشورة أو رئيس المحكمة الابتدائية ـ حسب الأحوال ـ بسبب الرد القائم به ، وذلك للاذن له بالتنحى . ويثبت ذلك كله فى محضر خاص يحفظ بالمحكمة (م ١٤٩ مرافعات) (١٠٨) .

ومن المقرر أن تنحى القاضى فى هذه الحالة يعتبر تنحيا جوازيا ، يتم برضاء القاضى ، وليس واجبا عليه أن يعرض أمر تنحيه على الوجه المتقدم ، بالرغم من أن المادة ١٤٩ تبدأ بلفظة « **على القاضى ...** » الدالة على الوجوب ، ذلك لأن القاضى اذا لم يتنح عن الحكم ، وأصدر حكمه فى الدعوى ، ولم يكن الخصم قد طلب رده ، فان الحكم يكون صحيحا لا بطلان فيه ، بعكس أحوال عدم الصلاحية .

٢ ـ حالة عدم توافر سبب من أسباب الرد :

أجازت المادة ١٥٠ من قانون المرافعات للقاضى فى غير أحوال الرد المذكورة ، اذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأى سبب ، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة فى غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر فى اقراره على التنحى . وهذا التنحى متروك تقديره للقاضى ، واقرار المحكمة أو رئيسها له ، حتى لا يتخذ القاضى من التنحى وسيلة للتهرب من أداء واجبه . وعليه فاذا لم تأذن المحكمة له بالتنحى ، كان عليه الاستمرار فى نظر الدعوى والحكم فيها ، وليس له التظلم من قرار المحكمة فى هذا الشأن (١٠٩) .

---

(١٠٨) الأمر الذى يؤدى الى القول بأنه يجب على رئيس المحكمة أو المحكمة أن تأذن للقاضى بالتنحى اذا تأكدت من جدية سبب الرد (فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٢١٦ . محمد عبد الخالق عمر ، ص ٢٦٦) .

(١٠٩) نقض مدنى ١٩٦٦/١٢/٢٠ ، المجموعة ، س ١٧ ، ص ١٩٥٥ ، أحمد مسلم ، أصول ، ص ١٦٤ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٧٨ .

المطلب الثـــالث

ضمانات القضاة ضد الخصوم

مخاصمة القضاة

١٣٨ ـ تحديد وتقســـيم :

القاضى بشر ، ولذلك يكون عرضة للوقوع فى الخطأ ، واذا ارتكب القاضى خطأ ، فان ذلك قد يؤدى الى التزامه بتعويض الضرر الذى لحق بالغير نتيجة ذلك الخطأ ، وفقا لقواعد المسئولية المدنية . ولكن اذا أخطأ القاضى أثناء تأدية وظيفته ، وترتب على ذلك ضرر بالخصم ، فانه ولا شك يلتزم بالتعويض وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (م ١٦٣ مدنى) . الا أن ترك القاضى خاضعا لهذه القواعد يؤدى الى رفع العديد من دعاوى المسئولية على القاضى ، مما يؤدى الى تفـــرغ القاضى للدفاع عن نفسه ، دفعا لهذه الدعاوى ، ويترتب على ذلك ـ لزوما ـ عدم تفرغ القاضى لأداء عمله ، وتردده وتهيبه من أداء واجبه ، خوفا من المسئولية . وهذا يستوجب عدم ترك القاضى فى علاقته بالخصوم للقواعد العامة ، وانما لابد من احاطته بضمانات معينة فى مواجهتهم ، ولكن بشرط ألا تؤدى هذه الضمانات الى تهاون القاضى فى عمله واهماله فى قضائه .

وتوفيقا بين هذين الاعتبارين ، وضعت الأنظمة كافة نظاما خاصا لمسئولية القضاة عن أخطائهم أثناء تأدية الوظيفة ، وهذا النظام هو « نظام مخاصمة القضاة La Prisea Partie » (١١٠) وهذا النظام هو الواجب الاتباع اذا ارتكب القاضى أمرا يؤاخذ عليه مدنيا وكان ذلك بسبب الوظيفة .

ودراسة علمية لنظام مخاصمة القضاة ، تقتضى منا أن نبدأ بتحديد مفهوم نظام المخاصمة وحالاته ، ثم ندرس نظامها الاجرائى ونخصص فرعا لكل منها .

---

(١١٠) أنظر فى تفاصيل هذا النظام ، سوليس وبيرو ، ج ١ ، بند ٢٣٤ وما بعدها ، موريل بند ١٥٣ . كوشيز ، بند ١٢٠ .

الفـــرع الأول

مفهوم نظام المخاصمة وحالاته

١ ـ مفهوم نظام المخاصمة

١٣٩ ـ تعريف نظام المخاصمة :

المخاصمة نظام قانونى وضعه المشرع لمساءلة القضاة مدنيا عن أخطائهم التى تقع منهم حال تأدية وظيفتهم ، بحيث لا يجوز مساءلتهم عن هذه الأخطاء بغير اتباع هذا النظام بقواعده وأحكامه . ويتم ذلك عن طريق دعوى ترفع باجراءات خاصة الى المحكمة المختصة ـ بناء على طلب الخصم ، ضد القاضى طالبا الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التى لحقته بسبب خطأ القاضى فى أداء وظيفته .

١٤٠ ـ طبيعة دعوى المخاصمة :

أثارت دعوى المخاصمة جدلا فقهيا كبيرا حول تحديد طبيعتها ، فذهب رأى الى القول بأنها دعوى تأديبية ، بينما ذهب رأى آخر الى أنها طريق من طرق الطعن غير العادية ، وأخيرا قيل بأنها دعـــوى مسئولية .

أما القول بأنها دعوى تأديبية فقول مهجور ، برره المنشـــأ التاريخى لنظام المخاصمة ، أما القول بأنها طريق طعن غير عادى ، فقد استند الى أن الحكم بقبولها يؤدى الى بطلان الحكم ، فضلا عن أن القانون الفرنسى ينظم هذه الدعوى بعد قواعد التماس اعادة النظر . غير أن هذا الرأى غير صحيح ، لأن دعوى المخاصمة ليست الا دعـــوى مسئولية (١١١) . لا تستهدف الطعن فى الحكم وانما الحصول على تعويض الضرر الناتج للخصم من خطأ القاضى وذلك لما يأتى :

ـ ان دعوى المخاصمة توجه الى القاضى مباشرة لا الى الحكم الذى أصدره كما فى دعوى الطعن فانهــــا توجه الى الحـــكم لا الى القاضى .

---

(١١١) فتحى والى ، ص ٣٣٦ ، رمزى سيف ، ص ٦٠ بند ٤٣ ، العشماوى ، ص ١٧٣ ، زدنتى ـ جـ ١ ص ١٤٤ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٨٤

- أن المدعى عليه فى دعوى المخاصمة هو القاضى بعكس دعوى الطعن التى يختصم فيها المحكوم له « المستأنف عليه » لا القاضى .

- أن الطعن فى الأحكام يفترض دائما صدور حكم من محكمة ما أما دعوى المخاصمة فترفع على القاضى ، ولو لم يكن قد أصدر حكمه فى الموضوع مثل حالة انكار العدالة . لكل ما تقدم يتضح لنا أن دعوى المخاصمة ما هى الا دعوى مسئولية ، وبطلان الحكم الصادر من القاضى يعتبر خير تعويض للخصم ، فضلا عن التعويضات التى يحكم بها له (١١٢) وهى كذلك دعوى شخصية (١١٣) أساسها القانونى هو اخلال القاضى بواجبات وظيفته باعتباره أحد موظفى الدولة وفى هذا لا يختلف أساس مسئولية القاضى عن أساس مسئولية باقى الموظفين العموميين (١١٤) . ولذلك اذا حكم على القاضى بالتعويض فانه يجوز للخصم أن يرجع على الدولة بما قد يحكم على القاضى من تعويضات ، على أن تقوم الدولة بعد ذلك بالرجوع على القاضى بما تكون قد أوفت به نيابة عن القاضى وذلك وفقا للقواعد العامة .

٢ - حالات المخاصمة

١٤١ - تحديد :

حددت المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات الحالات التى يجوز فيها مخاصمة القضاة ، والتى لا يجوز مساءلة القاضى مدنيا ، عما يصدر منه أثناء تأدية وظيفته ، الا بطريق المخاصمة (١١٥) . وبطبيعة الحال يلزم - طبقا للقواعد العامة فى المسئولية - توافر الضرر المترتب على

---

(١١٢) أنظر ابراهيم سعد - ص ٢٩٩ وهامش رقم (١) .

(١١٣) أنظر ابراهيم سعد ص ٢٩٢ .

(١١٤) ساتا - بند ٣٦ ص ٥٢ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٠٥ .

(١١٥) نقض ١٩٨٦/٦/١٧ فى الطعن ٦٨٥ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق ،نقض مدنى ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٣٦٠ .

خطأ القاضى • ولكن ذلك لا يعنى عدم مخاصمة القضاة خارج حالات المخاصمة ، أى أن القاضى لا يسأل عن أخطائه التعاقدية أو التقصيرية التى تقع منه خارج الوظيفة • بل ان القاضى يظل مسئولا - مثله فى ذلك مثل سائر مواطنى الدولة - عن أخطائه كافة - التعاقدية أو التقصيرية التى تقع منه خارج نطاق وظيفته تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية (١١٦) •

- الحالات التى يجوز فيها المخاصمة هى :

١ - حالة الغش أو التدليس أو الغدر :

اذا وقع من القاضى فى عمله غش أو تدليس أو غدر ، يجوز للخصم رفع دعوى المخاصمة اذا لحقه ضرر من ذلك • وكان يجدر بالمشرع أن يقتصر على التدليس لأنه يشمل الغش ، فكل غش تدليس ، ويقصد به انحراف القاضى عما يتطلبه القانون قاصدا هذا الانحراف لتحقيق مصلحة شخصية له أو لأحد الخصوم أو نكاية بأحد الخصوم (١١٧) وان كان البعض يميز بين الغش Fraude والتدليس do على أساس أن الغش أكثر من التدليس أو أكبر جسامة منه أما التدليس فهو الانحراف عن العدالة باستعمال طرق احتيالية وأيا كان الأمر فلابد من اثبات نية الانحراف لدى القاضى مثل تعمد القاضى اخفاء أو اتلاف المستندات الموجودة تحت يده أو احداث تغيير بها ، أو تحريف أقوال أحد الخصوم أو أحد الشهود ، او اذا ما كلف القاضى بكتابة تقرير فى قضية فيكتبه محرفا عن قصد ، بأن وصف مستندا مقدما فى القضية بغير ما اشتمل عليه ، حتى يغدع باقى أعضاء المحكمة (١١٨) •

---

(١١٦) رمزى سيف بند ٤٤ ص ٦٢ • عبد الخالق عمر - ص ٢٨٠ • فتحى والى - الوسيط ص ٢٠٥ •

(١١٧) فتحى والى - ص ٣٣٩ - الوسيط ص ٢٠٥ • عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى - المرجع السابق ص ١٨٤ ، ١٨٥ •

(١١٨) انظر محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٧٤ والمراجع المشار اليها فى هامش ٣ ، عبد الباسط جميعى ص ٢٣٩ • استئناف مختلط ١٩٤٩/٧/١١ مجلة التشريع والقضاء المختلط س ٦١ ص ١٦٣ •

أما الغدر concussion فهو صورة من صور انحراف القاضى عن العدالة ، ويتحقق بقبول أو طلب منفعة أو فائدة مادية لنفسه أو لغيره (١١٩) اضرارا بالخزانة العامة أو بأحد الخصوم . ونرى أن هذه الصورة لم يعد لها محل فى وقتنا الحاضر ، حيث أن التشريعات تحدد الرسوم القضائية مقدما ، فضلا عن أنها تذهب مباشرة الى خزانة الدولة ، لا الى القاضى الذى يتقاضى راتبه من هذه الخزانة العامة .

وبذلك نرى أن النص على الغدر والغش يعتبر تزيدا من المشرع وأنه كان يكفى النعى على التدليس فقط (١٢٠) .

٢ ـ حالة الخطأ المهنى الجسيم :

مراعاة من المشرع لصعوبة اثبات الغش أو التدليس نظرا لضرورة اثبات سوء النية لدى القاضى ، فقد أضافت الأنظمة المخاصمة .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الملغى الفارق بين الخطأ الفاحش ، وبين الغش ، بأنه فارق ذهنى فى معظم الاحوال وغالبا ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة ، وكثيرا ما يدعو الحرج الى درء نسبة الغش عمن يتهم به بنسبة الخطأ الفاحش اليه ، ولا يفهم من ذلك أن الخطأ المهنى الجسيم يكون دائما مبنيا على سوء النية ، أو الغش لأن ذلك يصعب التسليم به ، لأنه يعد تكرارا لحالة الغش مما يؤدى الى القول بأن الشارع لم يضف جديدا عندما أضاف الخطأ المهنى الجسيم (١٢١) .

---

(١١٩) أنظر تعريف الغدر استئناف المنصورة ١٩٥٣/٧/١٨ ـ المحاماة سنة ٣٤ عدد ٢ ص ١١١ ومحمد عبد الوهاب العشماوى ص ١٧٦ .

(١٢٠) فتحى والى ـ ص ٣٤٠ ـ الوسيط ص ٢٠٦ كارنيلوتى ـ نظم جزء ١ بند ١٩٣ .

(١٢١) وعلى هذا غالبية الشراح . عبد المنعم الشرقاوى ـ شرح المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥٠ بند ٩٩ ص ١٥٣ وما بعدها ، عبد الباسط جميعى ص ٢٣٨ ، رمزى سيف ص ٦٤ ، محمد عبد الوهاب العشماوى ص ١٧٦ وما بعدها .

ونرى أن هناك فارقا كبيرا بين الغش والخطأ المهنى الجسيم وهو أن الأول توافر سوء نية القاضى ، بعكس الثانى الذى لا يستلزم ذلك . فيكفى أن يكون خطأ القاضى مجردا من أى عمد أو غش حتى تقـــوم مسئوليته . ولكن يجب أن يكون خطأ القاضى على درجة كبيرة من الجسامة ، بحيث لا يرتكبه الا الشخص المهمل فى أداء واجبه . ذلك ـ لأن الخطأ اليسير لا يحاسب عليه القاضى ولا يعتبر ســـببا لمسئوليته . وعلى ذلك يمكن تعريف الخطأ المهنى الجسيم ، بأنه الخطأ الذى يرتكبه القاضى لوقوعه فى غلط فاحش ما كان يمكن أن يقع فيه اذا ما بذل قدرا معقولا من الاهتمام بواجبات وظيفتـــه وما يقتضـــيه من حرص وتبصر (١٢٢) . ومثال الخطأ الجسيم الجهل الواضح بالقـــواعد القانونية أو بالوقائع الثابتة فى الدعوى ، أما الخطأ فى تقدير الوقائع أو فهم القانون على نحو معين ولو خالف فيه الفقه لا يعتبر من أسباب المخاصمة .

وتقدير جسامة الخطأ أمر متروك لقاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض (١٢٣) الا أن وصف الخطأ بالجسامة أو عدمها يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١٢٤) .

---

(١٢٢) انظر فتحى والى ص ٣٤١ الوسيط ص ٢٠٧ رمزى سيف ص ٦٥ ، عبد المنعم الشرقاوى ص ١٥٤ وتقريبا هو ما استقر عليه قضاء النقض (نقض ١٩٨٢/٢/١٤ ــ المجموعة س ٣١ ، ص ٥١٤ رقم ١٠١) ، استئناف المنصورة فى ٢ فبراير سنة ١٩٧٨ التى عرفت الخطأ المهنى الجسيم بأنه « الخطأ الفاحش الذى يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على نية الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات فهو خطأ لا يعلوه فى سلم الخطأ درجة ، ولا ينقصه ليصبح غشا غير أنه يقترن بسوء النية ، منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ ــ العدد الثانى ص ١٩٧ .

(١٢٣) نقض ١٩٨٢/٢/١٤ ــ المجموعة ، س ٣١ ، ج ٢ ، ص ٥١٤ ، ١٩٨٠/٢/١٤ ، فى الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٤٦ ق . نقض ١٩٥٧/٤/١٧ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الأولى ــ ٢ ص ٨٨ .

(١٢٤) أنظر رمزى سيف ص ٦٦ ، فتحى والى ص ٣٤٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٩٥ . عكس ذلك نقض مدنى ١٩٥٧/٤/١٨ المجموعة س ٨ ص ٤٣٨ .

واذا وقع الخطأ المهنى الجسيم فى حكم صادر من دائرة من الدوائر التى تشكل أكثر من قاض ، فتوجه المخاصمة الى جميع أعضـــاء الدائرة ، اذا لم يكن من الممكن اثبات الخطأ الى قاض بعينه دون اهدار لسرية المداولات (١٢٥) الا أنه قد حكم فى فرنسا بعدم جواز مخاصمة دائرة كاملة من دوائر محكمة النقض (١٢٦) .

٣ ـ انكار العـــدالة :

ينص المشرع على جواز مساءلة القاضى مدنيا اذا امتنع عن الاجابة على عريضة قدمت اليه ، أو عن الفصل فى قضية صالحة للحكم فيها أو التأخير دون مبرر فى ذلك وهذه الحالة هى ما تعرف بانكار العدالة (١٢٧) وهى تستوجب مسئولية القاضى المدنية ، لأنه واجبا أساسيا من واجبات وظيفته ، وهو تحقيق القانون ، واقامة العدالة وتطبيق الحماية القانونية على الحالات المعروضة عليه . ويشترط لمساءلة القاضى عن هذا ثبوت امتناع القاضى عن الفصل فى القضية أو التأخير فى ذلك بغير مبرر ، فاذا كانت الدعوى لم يستوف تحقيقها بعد ، أو أثيرت بشأنها مسائل قانونيـــة تتطلب وقتا لدراستها ، أو كان القاضى نفسه قد قام به ما يمنعه من القضاء ، كالمرض وخلافه فلا يسأل القاضى فى هذه الحالات .

ويثبت امتناع القاضى باعذارين ، على يد محضر ، يفصل بينهما أربع وعشرون ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض ، وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام الجزئية أو المستعجلة ، وثمانية أيام فى القضـــايا الأخرى (٢/٢٩٤ مرافعات) . ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة قبل مضى ثمانية أيام على آخر اعذار .

---

(١٢٥) أنظر أحمد أبو الوفا بند ٥٥ ص ٦٤ . عبد المنعم الشرقاوى ـ المرجع السابق ص ١٥٤ ، عبد الباسط جميعى ص ٢٤٠ .

(١٢٦) نقض فرنسى ١٩٤٧/٤/٣ ـ جازيت دى باليه ١٩٤٧ ص ١٣٠ الجزء ١ .

(١٢٧) أنظر سيجرى توليو « المسئولية عن انكار العدالة والرابطة الاجرائية » مقاله تعليقا على حكم المحكمـــة الدستورية الايطاليـــة فى ١٩٦٨/٣/١٤ رقم ٢ فى مجلة قانون الاجراءات ١٩٤٩ ص ١٢٣ .

٤ ـ حالات أخرى ينص المشرع عليها صراحة :

فى الحالات الأخرى التى ينص فيها القانون على مسئولية القاضى والحكم عليه بالتضمينات ، مثل المادة ١٧٥ مرافعـــــات التى تنص بالتعويض على كل من تسبب فى عدم ايداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى الميعاد المحدد .

● مخاصمة القضاة فى النظام الاسلامى :

لا تجوز مقاضاة القاضى ومطالبته بالتعويض الا اذا كان جائرا ، أى متعمدا الجور ، أو أقر بأنه قضى بغير الحق ، ففى هذه الحالة يلزمه الضمان فى ماله . وتعمد الجور هو ما يعرف فى الأنظمة المعاصرة بالغش أو التدليس . وعلى ذلك لا يسأل القاضى اذا لم يكن متعمدا الجور ، بأن كان كل ما وقع منه خطأ غير عمدى .

فاذا كان المقضى فيه حقا من حقوق الله تعالى بطل القضاء ووجب الضمان فى بيت مال المسلمين اذا كان قد تم تنفيذ الحكم . وان كان فى حق من حقوق العباد نقض الحكم وان كان نهائيا . واذا كان منشأ الخطأ هو اجتهاد القاضى نفذ الحكم ولا شىء على القاضى .

كما أن انكار العدالة يعتبر مسببا للمخاصمة فى الفقه الاسلامى لأن الحكم فى الدعوى يكون واجبا على القاضى اذا حضرت أسبابه ، فان لم يفعل كان آثما بترك الواجب . وهذا ما نصت عليه بالفعل المادة ١٨٢٨ من مجلة الأحكام العدلية (١٢٨) .

---

(١٢٨) أنظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ص ٢١٤ ـ ٢١٧ . ومؤلفنا ـ القضاء ونظام الاثبات ص ٧٣ ، ٧٤ ، بند ٤٥

الفـــرع الثـانى

النظام الاجرائى لمخاصمة القضاة

١٤٢ ـ تحديد :

لم تكتف الأنظمة بتحديد حالات مسئولية القاضى المدنية عن أخطائه التى تقع منه بسبب الوظيفة ، والتى لا يجوز مساءلته فى غيرها ، وانما وضعت نظاما اجرائيا خاصا يجب على الخصم اتباعه ، ان أراد مخاصمة احد القضاة ، أيا كانت درجته ، ويتمثل هذا النظام فى العنـــاصر الآتيـــة :

١ ـ المحكمة المختصة بنظر دعوى المخاصمة

١٤٣ ـ حدد المشرع المحكمة المختصة بنظر دعاوى المخاصمة بأنها ـ كقاعدة ـ محكمة تكون أعلى درجة من المحكمة التى يتبعها القاضى المخاصم ضمانا لعدم عرضها على زملاء القاضى اذا ما رفعت الدعوى الى المحكمة التى يتبعها القـــاضى المراد مخـــاصمته ، الأمر الذى قد يؤثر فى حيادهم (١٢٩) .

ودعوى المخاصمة فى نظامنا القضائى تمر بمرحلتين ، الأولى مرحلة جواز المخاصمة أو عدم جوازه ، والثانية مرحلة الفصل فى موضـــــوع المخاصمة ذاته . وتختلف المحكمة المختصة باختلاف هاتين المرحلتين ، على النحو التالى :

أ ـ مرحلة جواز المخاصمة :

ـ احدى دوائر محكمة الاستئناف التابع لها القاضى المخاصم ان كان قاضيا بالمحاكم الابتدائية أو مستشارا بمحكمة الاستئناف أو أحد أعضاء النيابة لدى هذه المحاكم .

---

(١٢٩) فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٩١٠ ، سوليس وبيرو ، ج ١ ، ص ٧٠٨ .

- احدى دوائر محكمة النقض اذا كان القاضى المخاصم مستشارا بالنقض .

تلك هى المحاكم المختصة بنظر دعاوى المخاصمة فى مرحلتها الأولى (م ٤٩٦) ، أى التى تفصل فى مدى جواز أو عدم جواز المخاصمة . فان أخطأ الخصم ورفع دعوى المخاصمة الى محكمة غير مختصة ، فان على هذه المحكمة أن تقضى وجوبا بعدم اختصاصها بنظرها (١٣٠) .

ب - مرحلة الفصل فى موضوع المخاصمة :

اذا فصل فى دعوى المخاصمة فى مرحلتها الأولى بجوازها كان الفصل فى موضوع المخاصمة ذاته وفقا للمادة ٤٩٧ مرافعات من اختصاص :

- دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف غير تلك التى نظرت المرحلة الأولى ، وكان المخاصم قاضيا بالمحاكم الابتدائية أو رئيسا بها أو أحد أعضاء النيابة العامة لديها .

- دائرة خاصة بمحكمة الاستئناف تشكل من سبعة مستشارين اذا كان المخاصم مستشارا بالاستئناف أو النائب العام أو المحامى العام .

- دوائر محكمة النقض مجتمعة اذا كان المخاصم مستشارا بالنقض أو رئيسها أو أحد نوابه .

واذا وجهت المخاصمة الى دائرة بأكملها من دوائر النقض ، كانت احدى الدوائر الأخرى بالمحكمة هى المختصة بنظر الدعوى فى مرحلتها الأولى ، وان أجازت المخاصمة كانت دوائر محكمة النقض مجتمعة هى المختصة بالفصل فى موضوع المخاصمة ذاته (١٣١) .

---

(١٣٠) عكس ذلك محكمة النقض التى قضت بأن رفع تقرير مخاصمة مستشارى محكمة النقض الى قلم كتاب محكمة الاستئناف يؤدى الى عدم قبول الدعوى (نقض ١٩٨٣/١٢/١٣ ، ص ٣٤ ، رقم ٢٩ ، ص ٨٥) .

(١٣١) فتحى والى - الوسيط ، ص ٩١١ ، أبو الوفا ، ص ٧٧ ، بند ٥٦ .

٢ ـ اجراءات المخاصمة والحكم فيهـــا

١٤٤ ـ وسيلة رفع دعوى المخاصمة وانعقادها :

حدد المشرع وسيلة خاصة لرفع دعوى المخاصمة ، هى ذاتها الوسيلة التى ترفع بها دعوى الرد . وتتمثل هذه الوسيلة فى تقرير بقلم كتاب المحكمة المختصة بنظر جواز المخاصمة ، بحسب درجة القاضى أو العضو المخاصم . ويوقع هذا التقرير من الخصم نفسه أو من وكيله الموكل فى ذلك توكيلا خاصا . ويجب أن يشتمل التقرير على أوجه المخاصمة وأدلتها ، وأن نودع معها الأوراق المؤيدة لها (م ٤٩٥ مرافعات) .

ولم يتطلب القانون المصرى ما تطلبه القانون الايطالى من ضرورة الحصول المسبق على اذن وزير العدل لرفع دعوى المخاصمة (م ٥٦ مرافعات ايطالى) .

وبتقديم التقرير على النحو المتقدم تكون دعوى المخاصمة قد رفعت الى القضاء ، الا أن الخصومة فيها لا تنعقد الا باتصالها بالقاضى المخاصم أو القضاة المخاصمين ، ويتم ذلك بوسيلة خاصة أيضا هى تبليغ صورة التقرير الى القاضى أو عضو النيابة المخاصم .

١٤٥ ـ نظر المخاصمة والحكم فيها :

رأينا أن دعوى المخاصمة تمر بمرحلتين هما :

ـ الأولى جواز أو عدم جواز المخاصمة :

وفيها تعرض الدعوى على احدى دوائر محكمة الاستئناف أو محكمة النقض ، بحسب الأحوال ، بأمر من رئيسها بعد تبليغ صورة التقرير الى المخاصم .

وتنظر دعوى المخاصمة فى أول جلسة تعقد بعــــد الثمانية الأيام التالية للتبليغ ، وذلك فى غرفة المشورة ، وذلك بعد قيام قلم الكتاب باخطار الطالب بتاريخ الجلسة (م ٤٩٥) .

وتقوم الدائرة بالفصل فى مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى ، وجواز قبولها ، بعد استعراض أسبابها ، ومدى توافرها وأدلتها ، وكل ذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضى أو عضو النيابة المخاصم وأقوال النيابة اذا تدخلت فى الدعوى .

- الثانية : مرحلة الفصل فى المخاصمة :

اذا ما قضت الدائرة المختصة بجواز المخاصمة . تقوم هذه الدائرة باحالة الدعوى على الدائرة المختصة بالفصل فى موضوعها . وذلك لأنه لا يجوز للدائرة التى تنظر فى جواز قبول المخاصمة أن تحكم فى موضوعها بل تفصل فيها دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، أو الدائرة الخاصة ، أو دوائر محكمة النقض مجتمعة ، كل ذلك بحسب درجة العضو المخاصم .

وتنظر الدائرة المختصة فى موضوع الدعوى وذلك فى جلسة علنية يقوم بتحديدها الحكم الصادر بقبول المخاصمة ، وذلك بعد سماع أقوال الطالب والعضو المخاصم والنيابة اذا تدخلت فى الدعوى (م ٤٩٧ مرافعات) .

١٤٦ - الحكم فى دعوى المخاصمة وآثاره :

- يترتب على الحكم بعدم جواز المخاصمة فى المرحلة الأولى أو برفضها فى المرحلة الثانية الحكم على المدعى فى دعوى المخاصمة بالغرامة المقررة . وللمحكمة كذلك أن تحكم على المدعى بتعويض الأضرار الأدبية التى يمكن أن تكون قد لحقت القاضى أو عضو النيابة المخاصم (٤٩٩ مرافعات) (١٣٢) .

---

(١٣٢) خلافا للأصل المقرر من أن جلسات المحاكم علانية ، الا أنه يتعين أن ينطق القاضى بالحكم الصادر فيها علانية والا شابه البطلان بطلانا متعلقا بالنظام العام ، اعتبارا بأن علانية النطق بالحكم قاعدة جوهرية يجب مراعاتها تحقيقا للغاية التى توخاها المشرع وهى تدعيم الثقة فى القضاة (نقض ١٩٨٣/٣/١٠ س ٣٤ - ١٤٠ ص ٦٦٦) .

- يترتب على الحكم بجواز المخاصمة فى المرحلة الأولى عـــدم صلاحية القاضى المخاصم لنظر الدعوى المتعلقـــة بالمخاصمة (٤٩٨ مرافعات) ويبطل كل اجراء يتخذه القاضى فى الدعوى بعد الحـــكم بجواز مخاصمته (١٣٣) .

- يترتب على الحكم بصحة المخاصمة فى المرحلة الثانية الحكم على القاضى أو عضو النيابة المخاصم بمصروفات الدعوى والتعـــويض عن الأضرار التى تكون قد أصابت المدعى ، وكذلك ببطلان تصرفه (٤٩٩ مرافعات) . وكذلك بطلان جميع الاجراءات التى اتخذها والأحكام التى يكون قد أصدرها بعد الحكم بجواز المخاصمة (١٣٤) .

ويلاحظ أن العمل الذى يبطل نتيجة الحكم بصحة المخاصمة هـو العمل الذى لا يكسب الخصم الآخر فى الدعوى الأصلية حقـــا ما ، كالحكم باجراء من اجراءات التحقيق مما يجوز للمحكمة أن تعـــدل عنه ، وكالأمر بالحبس الاحتياطى أو بضبط أو احضار . واذا كان الحكم أو الأمر قد صدر لمصلحة الخصم الآخر فلا يحكم ببطلانه نتيجة الحكم بصحة المخاصمة الا بعد اعلانه لابداء أقواله ولكى تتاح له الفرصـــة فى الدفاع عن مصلحته وحتى لا يؤخذ بحكم فى خصـــومة لم يكن طرفا فيها (١٣٥) .

وجدير بالذكر أن الحكم الصادر فى دعوى المخاصمة ، سواء كان صادرا بجواز المخاصمة ، أو بصحتها أو بعدم جوازها أو رفضها ، يعتبر حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه الا بطريق النقض (م ٥٠٠ مرافعات) .

---

(١٣٣) انظر العشماوى - المرجع الســابق ص ١٨١ .
(١٣٤) رمزى سيف ص ٦٩ .
(١٣٥) ابراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٩٨ .

أما الحكم الصادر من محكمة النقض فلا يجوز الطعن فيه بأى طريق

ـ الحكم فى الدعوى الأصلية :

يترتب على الحكم بصحة المخاصمة بطلان عمل القاضى ، واعادة الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل بدء الخصومة والتى انتهت به (١٣٦) .

ويكون للمحكمة التى قضت بصحة المخاصمة أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة لتفصل فيها من جديد ويكون للخصم صاحب المصلحة ان يبادر برفع دعوى جديدة (١٣٧) . ومع ذلك يكون للمحكمة التى قضت بصحة المخاصمة أن تحكم فى موضوع الدعوى الأصلية ، اذا رأت أنها صالحة للحكم فيها وذلك بعد سماع أقوال الخصوم (٤٩٩ م مرافعات) .

---

(١٣٦) فتحى والى ص ٣٥١ الوسيط ص ٩١٤ ، رمزى سيف الاشارة السابقة ، سوليس وبيرو جزء ١ ص ٧١٣ .

(١٣٧) أنظر فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٣٥١ ـ والوسيط ص ٩١٤ .

الفصل الثانى

أعـوان القضـــاء

Les auxiliaires de la justice

١٤٧ ـ تحـــديد :

لا يقع على القضاة وحدهم عبء تحقيق العدالة ، وتسيير مرفق القضاء ، وانما يعاونهم فى ذلك طوائف أخرى ، تعمل فى خدمة هذا المرفق ، تقدم للقضاة المعونات الصادقة فى تحقيق العدالة ، وارســاء قواعد القانون فيما يعرض عليهم من منازعات ، وهذه الطوائف هى ما تعرف بأعوان القضاء .

فهناك النيابة العامة ، التى تلعب دورا ما فى تحقيق القانون ، حماية للمجتمع والنظام العام ، وهناك المحامون والخبراء وأمناء السر والمحضرون وغير ذلك ممن يعملون فى خدمة هذا المرفق .

ونظرا لأهمية النيابة العامة ، والذى وصل بالبعض (١) الى اطلاق لفظ القضاء الواقف على رجالها تميزا لهم عن رجال القضاء الجالس وهم القضاة ، فاننا نخصص المبحث الأول من هذا الفصل للنيابة العامة ودورها القانونى أمام القضاء المدنى . أما المبحث الثانى فســوف نخصصه لمن يعاونون القضاء فى وظيفته ورسالته .

---

(١) مصطفى كامل كيرة ـ قانون المرافعات الليبى ـ بيروت ســنة ١٩٧٠ ص ١٣٩ . بل اعتبرها البعض جزء من الســلطة القضائية محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ١٨٥ ، والنيابة تعد فى رأى البعض أكثر أعوان القضاء أهمية ـ أنظر كوستا ـ بند ٨١ ص ١٢٠ .

المبحث الأول

النيابة العامة ودورها فى الخصومة المدنية

المطلب الأول

فكرة النيابة العامة وتشكيلها

١٤٨ ـ فى الأنظمة المعاصرة :

بجانب القضاة توجد هيئة أخرى تهدف الى حسن تطبيق القانون والعمل على نفاذه الفعلى تحقيقا لصالح المجتمع الذى تقوم هى بتمثيله أمام القضاء (٢) . وهذه الهيئة هى النيابة العامة .

وتؤدى النيابة العامة دورها أمام المحاكم كافة عدا محكمة النقض (٣) التى يقوم بتمثيل النيابة أمامها نيابة مستقلة هى نيابة النقض ، تؤلف من مدير يعاونه عدد كاف من الاعضاء فى درجة محام عام أو رئيس نيابة ، ويكون لنيابة النقض ـ بناء على طلب المحكمة ـ حق حضور مداولات الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، دون أن يكون لممثلها صوت معدود فى المداولات (م ٢٤ س ق) .

ويوجد على رأس النيابة العامة النائب العام يعاونه عدد كاف من المحامين العامين ورؤساء النيابة ووكلائها ومساعديها ومعاونيها ، ويكون لدى كل محكمة استئناف محام عام له تحت اشراف النائب العام جميع حقوقه واختصاصاته المنصوص عليها فى القوانين (٢٥ س ق) .

ونظرا لأهمية الدور الذى تقوم به النيابة العامة فقد عنى المشرع بوضع ضوابط خاصة وشروط معينة يجب توافرها لمن يشغل منصب

---

(٢) ميكيلى ـ المرجع السابق ص ٢١١ ، ساتا ـ المرجع السابق ص ٦١ كيوفندا ـ مبادىء ص ٤٥٧ .

(٣) كان فى ظل قانون السلطة القضائية الملغى يقوم بتمثيل النيابة أمام محكمة النقض النائب العام وينوب عنه أمامها محام عام أو أحد رؤساء النيابة ، أما فى ظل القانون الجديد فقد أنشئت نيابة النقض .

فى النيابة ، وكذلك قرر لهم قواعد خاصة لمساءلتهم تأديبيا وجنائيـــا ومدنيا حددها ونظمها قانون السلطة القضائية فى المواد ١١١٦ ـ ١٣٠ منه

واذا كانت النيابة تسهر على الصالح العام وتحقيق العدالة الا أن رجالها لا يمكن اعتبارهم قضاة (٤) فهم لا يمارسون العمل القضـــائى بالمعنى الدقيق ، وليس لهم ـ كما للقضاة ـ فى خصوص الخصـــــومة سلطة الأمر واصدار الأحكام (٥) ولا يحول دون هذا القول اعتبارهم من رجال السلطة القضائية حيث جمع المشرع بينهم وبين القضاة فى قانون السلطة القضائية كما أخضعهم المشرع لكثير من القواعد التى يخضع لهـا القضاة ، مثل قواعد الرد والمخاصمة وغيرها ، ولذلك يعتبر أعضاء النيابة العامة رجال السلطة التنفيذية يمثلونها أمام القضاء (٦) وممـا يؤيد هذا الرأى ما يلى :

ـ كما أن أعضاء النيابة لا يتمتعون بالاستقلال فى الرأى ، فهـــم يقومون بأعمالهم تحت اشراف وزير العدل ، الذى يكون له حق اصـدار الأوامر والتعليمات اليهم . فالنيابة تقوم على فكرة التدرج الوظيفى ، وفى هذا تنص المادة ٢٦ من قانون السلطة القضائية على أن « رجال النيابة تابعون لرؤسائهم بترتيب درجاتهم ثم لوزير العدل » ، الا أنه يجب التنبيه الى أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة تختلف عن سلطة الرئيس الادارى بالنسبة لمرءوسيه ، فالأخير يجوز له القيام بأعمال مرءوسيه بعكس وزير العدل الذى لا يجوز له القيام بالأعمال التى يقوم بها أعضاء النيابة ، كما أن عمل عضو النيابة الذى خالف به أمر رئيســــه يظل قائما منتجا لآثاره القانونية (٧) .

(٤) رمزى سيف ص ٨٦ ، عبد الباسط جميعى ـ الاختصاص ص ٢٤٧ ميكيللى ص ٢١١ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٤٧ وهامش (١)

(٥) أنظر ساتا ص ٦١ بند ٤٤ ، أحمد أبو الوفا ص ٨٢ بند ٦٨ .

(٦) عبد المنعم الشرقاوى وعبد الباسط جميعى ـ شرح قانون المرافعات الجديد ص ١٩٢ هامش (١) ، سوليس وبيرو جـ ١ ص ٧١٥ ، فيســـان ص ١٧٣ ، رمزى سيف ص ٨٦ ، فتحى والى ص ٦٧٠ الوسيط ص ٣٩٢ بند ٢١٢ .

(٧) أنظر فتحى والى ص ٦٧٠ بند ٢٦٩ . الوسيط ـ الاشارة السابقة

كما أن كل عضو من أعضاء النيابة يقوم بعمله باسم النيابة أمام المحكمة ، وبالتالى يجوز لأى عضو أن يكمل عملا بدأه آخر (٨) . بعكس القضاة الذين لا يستطيع أحدهم اتمام عمل بدأه قاض آخر ، فالقاضى الذى يشترك فى اصدار الحكم هو نفسه الذى يشترك فى المداولة (م ١٧٠ مرافعات) ، ولا يشترك فى المداولة الا القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا (١٦٧ مرافعات) .

ـ كما أن النيابة مستقلة فى عملها عن المحاكم ، فلا يجوز للمحكمة أن تصدر للنيابة أمرا (٩) أو أية تعليمات بشأن سلوك عضو النيابة أمامها ، كما لا تملك أن توجه اليه لوما أو نقدا ، كما لا يجوز للنيابة الاشتراك فى المداولات (١٠) ولا القيام بعمل من أعمال القضاة الذين لا يقومون بأعمال النيابة .

١٤٩ ـ فى الفقه الاسلامى :

اذا كانت النيابة العامة قد عرفت فى الأنظمة المعاصرة ، فهل عرفها النظام الاسلامى ؟ . لم نعثر فى كتب الفقه الاسلامى التى وقعت عليها أيدينا ـ وهى كثيرة ـ على ما يفيد أن النيابة العامة بتنظيمها ونظامها المعاصر قد عرفه النظام الاسلامى . ولكن ذلك لا يعنى أنه لم يعرف فكرتها ، فقد عرفها فعلا من خلال نظام الحسبة وهى من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

---

(٨) سوليس وبيرو ـ جـ ١ ص ٧٢١ . موريل بند ١٥٧ .

(٩) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٩٠ من قانون المرافعات التى تجيز المحكمة أن تأمر بارسال ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب ..

(١٠) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٢٤ س ق من أنه يكون لنيابة النقض ـ بناء على طلب المحكمة ـ أن تحضر مداولات الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ودون أن يكون لها صوت معدود فى المداولات .

والحسبة فى النظام الاسلامى ، وان كانت واجبة على كل مسلم قادر ، الا أنها لا تجب الا بتفويض من ولى الأمر ، لما فيها من ولاية ، وما يترتب على اباحتها للكافة من فوضى واضطراب .

وقد فرق الفقه الاسلامى بين حقوق الله الخالصة وهى تقابل الحقوق العامة فى الأنظمة المعاصرة ، وبين حقوق الفرد الخالصة ، وبين الحقوق المشتركة . وأوكل الفقه الاسلامى الى المحتسب سلطة الدفاع عن النوع الأول من الحقوق ، ورفع الأمر الى الحاكم فى جرائم الحدود ـ عدا السرقة . وفى جرائم الاعتداء على أموال الدولة والأوقاف والوصايا التى ليست لأحد . ومن ثم كان المحتسب يقوم بما يقوم به النائب العـــام فى أنظمة اليوم (١١) .

المطلب الثانى

دور النيابة العامة أمام القضاء المدنى واجراءاته

الفرع الأول

دور النيابة العامة أمام القضاء المدنى (١٢)

١٥٠ ـ تحـــديد :

اذا كان دور النيابة العامة واضحا أمام القضاء الجنائى ، فهى صاحبة الاختصاص العام فى رفع ومباشرة الدعاوى الجنائية باعتبارها ممثلة للمجتمع (م ٢١ س ق) فانها تقوم أيضا بدور ادارى ، يتمثل فى اشرافها على السجون والمحال التى تستعمل للحبس (م ٢٧ س ق) ، وعلى مأمورى الضبط القضائى (م ٢٢ س ق) ، وعلى نقود المحـاكم وحصيلة الغرامات والأمانات والودائع لدى المحاكم (٢٨ ، ٢٩ س ق) . وتقوم أيضا بدور ولائى متمثل فى رعاية مصالح عديمى الأهليـــــة

---

(١١) أنظر تفصيلا لذلك ، مؤلفنا ـ النظام القضائى الاسلامى ، بند ٨٠ ص ٢٣٦ وما بعدها . وكذلك بند ٢٨ ص ١٠٣ من المؤلف ذاته .

(١٢) أنظر نجيب بكير ـ رسالة للدكتوراه عن دور النيابة العامة فى قانون المرافعات ـ جامعة عين شمس ، ١٩٧٤ .

والغائبين والتحفظ على أموالهم والاشراف على ادارتها (٩٦٩ مرافعات سابق وما زالت سارية المفعول حتى الآن) .

أما بالنسبة للخصومة المدنية فتؤدى النيابة دورها بأحد طريقين ، اما بطريق الادعاء والدفاع واما بطريق التدخل أو ابداء الرأى .

١٥١ ـ أولا : طريق الادعاء والدفاع par voie d'action au de défense

١ ـ الدعوى :

يعطى المشرع للنيابة العامة سلطة الادعاء فى الخصومات المدنية فى حالات محددة على سبيل الحصر ، ويكون للنيابة العامة الحق فى رفع الدعوى المدنية طالبة الحماية القضائية للمصلحة التى يريد المشرع حمايتها ، وعلى هذا تنص المادة ٨٧ مرافعات . وتعتبر النيابة فى هذه الحالة خصما حقيقيا partie principale فى الدعوى لها كل حقوق الخصم وعليها كل واجباته ، وهى لا تحل بذلك محل الشخص الذى لا يستطيع مباشرة الدعوى ، انما تقوم بها تأكيدا منها لوظيفتها الأساسية فى الدفاع عن الصالح العام . ويلاحظ أن النيابة لا تملك رفع الدعوى المدنية الا فى الحالات التى يجيز لها المشرع ذلك ، كالحالات المنصوص عليها فى المادة ١٩٦ تجارى والخاصة برفع دعوى شهر الافلاس ، والمادة ٦٦ من القانون المدنى والخاصة بحل الجمعيات وغيرها .

ويمكن أن تقف النيابة العامة أمام القضاء المدنى كمدعى عليها وذلك عندما يقوم الفرد بالاعتراض على قرار أصدرته النيابة العامة بموجب سلطتها الولائية (١٣) .

وهى كخصم حقيقى فى الدعوى ، يكون لها الحق فى ابداء الطلبات والدفوع ، واتخاذ كافة الاجراءات ومباشرتها ، وتقديم المذكرات وأدلة

---

(١٣) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ٣٩٤ بند ٢٦٣ .

الاثبات ، كما أنها تعلن بالأوراق ، ويكون لها الحق فى الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى المرفوعة منها أو عليها ، اذا لم يقض لها بكل أو بعض طلباتها ، ويكون ترتيبها فى المرافعة بحسب وضعها فى الدعوى ، وكذلك لا يمكن ردها أو مخاصمتها (١٤) لأنه لا يجوز رد أو مخاصمة الخصوم . واذا كانت النيابة خصما بهذا المعنى فينبغى أن يحكم عليها بمصروفات الدعوى اذا حكم عليها . ولكن المقرر فى الفقه الايطالى أن النيابة لا تعتبر خصما محكوما عليه ، وبالتالى لا يحكم عليها بمصروفات الدعوى . وعلة ذلك أنها وان كانت خصما اجرائيا ، الا أنها ليست خصما حقيقيا ، تعمل لتحقيق مصلحة شخصية ذاتية لها ، وانما ترمى الى حماية المصلحة العامة للمجتمع (١٥) .

٢ ـ الطعن فى الأحكام :

تستطيع النيابة العامة أن تباشر مهمتها فى تحقيق القانون عن طريق الطعن فى الأحكام حتى ولو صدرت فى دعاوى لم تكن هى طرفا فيها وذلك فى الحالات التى يبينها القانون مثل :

ـ للنيابة العامة الطعن فى الأحكام الصادرة فى الخصومات التى تكون طرفا أصليا فيها ـ مدعية كانت أو مدعى عليها ـ لأنها خصم فى الدعوى ولها كل حقوق الخصوم .

ـ ولها أيضا الطعن فى الأحكام الصادرة فى الخصومات التى يوجب المشرع أو يجيز تدخلها فيها ولو لم يكن قد تدخلت فيها . وذلك اذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام ، وذلك لابداء رأيها اذا كان تدخلها جوازيا ، أو لابطال الحكم اذا كان تدخلها وجوبيا (م ٩٦ مرافعات) .

---

(١٤) رمزى سيف ـ ص ٨٨ ـ ٩١ . عبد الباسط جميعى ص ٢٤٩ ، محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٨٩ . أبو الوفا بند ٧٠ ص ٨٣ وما بعدها .

(١٥) ميكيللى بند ٥٩٠ ص ٢١٣ ، ساتا بند ٤٨ ص ٦٦ ، رونتى ج ١ بند ٥٢ ص ١٩٤ ـ ١٩٥ .

- ولها أيضا حق الطعن فى الأحكام الصادرة فى حالة من الحالات التى ينص المشرع على حقها فى الطعن مثل المادة ٩٠١ من قانون المرافعات الملغى والمضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (١٦) والتى تعطى النيابة الحق فى الطعن فى أحكام بطلان الزواج .

- للنائب العام سلطة الطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التى أصدرتها - اذا كانت مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله (٢٥٠ مرافعات) . وهذا يؤكد دور النيابة العامة فى العمل على تطبيق القانون وتحقيقه . ولا يستفيد الخصوم من هذا الطعن .

١٥٢ - ثانيا : طريق التدخل : par voie de requisition

أعطى المشرع للنيابة ، نظرا لحيدتها فى الخصومة ، دورا آخر تمارسه عن طريق التدخل فى الدعاوى القائمة ، باعتبارها ممثلة للمجتمع ، وتدخل النيابة فى الدعوى اما أن يكون وجوبيا عليها أو اختياريا لها . واذا لم تتدخل النيابة فى الدعوى حيث يكون تدخلها وجوبيا يبطل الحكم الصادر فى الدعوى .(٨٨ مرافعات) . ويجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ويجوز التمسك به فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ولو كانت أمام محكمة النقض وذلك على عكس التدخل الاختيارى . ونوجز حالات تدخل النيابة فيما يلى :

أ - حالات التدخل الوجوبى :

تنص المادة ٨٨ من قانون المرافعات على أنه فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل فى الحالات الآتية والا كان الحكم باطلا .

---

(١٦) وهى مادة ضمن الكتاب الرابع والخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية **والذى لم يلغى بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨** الذى أبقى هذا الكتاب ما عدا الفصل الأول من الباب الأول منه .

١ ـ الدعاوى التى يجوز لها أن ترفعها بنفسها ، فاذا ما رفعت من غيرها ، وجب على النيابة أن تتدخل فيها والا كان الحكم باطلا ٠

٢ ـ الطلبات والطعون أمام محكمة النقض ، وذلك نظرا لأهمية المسائل القانونية التى تثار أمام النقض ٠

٣ ـ فى الحالات الأخرى التى توجب النصوص فيها تدخل النيابة ، مثل :

ـ وجوب تدخل النيابة فى مسائل الأحوال الشخصية المرفوعة الى المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف (١٧) ٠

ـ الدعاوى المتعلقة بأصل الوقف أو بانشائه أو بالاستحقاق فيه (م ١ من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥) ، سواء كانت المنازعة مثارة اهلا فى دعوى من دعاوى الوقف أو فى دعوى مدنية (١٨) ، أما النزاع اذا تعلق بملكية جهة الوقف لأرض النزاع ، فلا يتعلق هذا النزاع بأصل الوقف ولا بمسائله ٠ ومن ثم لا لزوم لتدخل النيابة فيه (١٩) ٠

ـ الدعاوى المتعلقة بصحة ونفاذ الوصية ٠

٤ ـ التدخل بناء على أمر المحكمة ، أجازت المادة ٩٠ من قانون المرافعات للمحكمة أن تأمر بارسال ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب ٠ وفى هذه الحالة يجب على النيابة التدخل فى القضية والا كان الحكم باطلا ٠

---

(١٧) فالنيابة طرف أصيل فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية (نقض ٢٥/١/٨٣ ـ المجموعة ، س ٣٤ ، ص ٣٠٦)٠

(١٨) نقض ٣٠/١/١٩٨٦ فى الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق ، ٢٤/٤/٨٣ ، المجموعة س ٣٤ ، ص ٢٠٨ ، ١٢/٤/١٩٨٣ ، المجموعة ، س ٣٤ ، ص ٩٥٦ ٠

(١٩) نقض ٨/٥/١٩٨٦ فى الدعوى رقم ٨٥ لسنة ٥١ ق ، ١٩/١٢/١٩٨٥ فى الطعنين رقمى ١٤٥٧ ، ١٤٨٠ لسنة ٥١ ق ، نقض ٢٦/٥/١٩٨١ المجموعة ، س ٣١ ، ص ١٦١٨ ٠

ب ـ حالات التدخل الجوازى :

فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى عدد من الدعاوى ، حددتها المادة ٨٩ مرافعات هى :

ـ دعاوى عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين .

ـ الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر .

ـ دعاوى رد القضاء وأعضاء النيابة العامة ومخاصمتهم .

ـ دعاوى الصلح الواقى من الافلاس .

ـ الدعاوى التى ترى النيابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب العامة .

تلك هى الدعاوى التى تتدخل فيها النيابة العامة وجوبا ، أو جوازا . ومنها يتضح أن النيابة العامة لا تتدخل فى الدعاوى الوقتية أيا كانت المحكمة المرفوعة اليها ، أى سواء رفعت الى محكمة الأمور المستعجلة باجراءات أهلية ، أو رفعت الى محاكم الموضوع بطريق التبع ، وذلك لما تقتضيه طبيعة هذه الدعاوى والاستعجال فيها ، من سرعة البت فيها . ونرى اعمالا للهدف ذاته عدم جواز ملف الدعوى الوقتية الى النيابة العامة . حتى لا يكون تدخلها واجبا (٢٠) .

والنيابة العامة ان تدخلت فى الدعوى وجوبا أو جوازا أصبحت طرفا منضما partie Jointe ، وليست طرفا أصيلا كما فى الحالات التى ترفع الدعوى منها أو عليها .

---

(٢٠) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٣٩٨ هامش (٣) .

١٥٣ ـ أهمية معرفة الطريق الذى تسلكه النيابة العامة فى القيام بدورها أمام القضاء المدنى :

رأينا أن النيابة تمارس وظيفتها أمام القضاء المدنى بأحد طريقين ، اما بطريق الدعوى ، واما بطريق ابداء الرأى ، وجوبا أو جوازا ، فى الخصومات القائمة أمام القضاء . ويجب الوقوف على حقيقة دور النيابة فى كل حالة ، نظرا للخلاف الكبير الذى تكون عليه النيابة وهى خصم أصلى ، وبين ذلك الذى تكون عليه وهى تقوم باداء رأيها فيما هو معروض على القضاء من منازعات عن طريق تدخلها ، فهى فى هذا الخصوص لا تعد خصما بالمعنى الفنى ، وانما تكون مجرد خصم يطلق عليه الفقه الخصم المنضم partie Jointe (٢١) وتظهر هذه الأهمية فيما يلى :

ـ اذا كانت النيابة طرفا أصليا ، فيكون لها ما للخصوم من حقوق ، وعليهم ما عليهم من واجبات ، اذ أنها بذلك تكتسب المركز القانونى للخصم بما يمنحه هذا المركز من حقوق وسلطات ، وما يلقى على صاحبه من واجبات وأعباء اجرائية . ومن ثم فيكون لها الحق فى ابداء ما تشاء من طلبات أو دفوع وتقوم بدورها كاملا فى تسيير الخصومة . أما اذا كانت النيابة قد تدخلت ، وجوبا أو جوازا ، فان دورها يقتصر على مجرد ابداء الرأى (٢٢) فيما قدمه الخصوم الأصلاء من طلبات أو دفوع ، وليس لها أن تبدى طلبات أو دفوع لم تكن قد أبديت من الخصوم .

ـ والنيابة كطرف أصلى ، يكون ترتيبها فى الكلام بحسب مركزها فى الدعوى ، مدعية أو مدعا عليها ، أما ان كانت متدخلة ، فهى دائما آخر من يتكلم ، ولا يكون للخصوم بعد ابداء النيابة لرأيها الحق فى طلب الكلام ولا فى تقديم مذكرات جديدة ، وان جاز لهم تقديم بيانات

---

(٢١) أبو الوفا . ط ١٤ ، ص ٩٥ بند ٧٠ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٤٨ ، محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٨٩ بند ١٤٣ . وانظر نقد هذه التسمية . فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٩٥ بند ٢١٤ . ابراهيم سعد بند ١٣٦ ص ٣١٤ .

(٢٢) ابراهيم سعد ص ٣٢٠ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٤٩ فتحى والى ـ الوسيط ص ٤٠٠ .

كتابية لتصحيح الوقائع التى ذكرتها النيابة (م ١/٩٥) (٢٣) الا اذا فتحت المحكمة لظروف استثنائية باب المرافعة من جــديد ، وتكون النيابة آخر من يتكلم أيضا بعد اعادة فتح باب المرافعة (م ٢/٩٥) .

ـ والنيابة كطرف أصلى ، لا ترد ولا تخاصم ، اذ لا يجوز رد ولا مخاصمة الخصوم ، أما اذا تدخلت النيابة فى الخصومة لابداء رأيها ، فهى لا تعد خصما ، ولذلك يمكن ردها ومخاصمتها فى هذا الصدد . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان النيابة كخصم حقيقى يجب أن يحكم عليها بمصروفات الدعوى اذا خسرتها . أما ان تدخلت فى الدعوى فلا تعد خصما محكوما له أو عليه ومن ثم فلا يحكم عليها بمصروفات الدعوى .

ـ اذا كانت النيابة العامة خصما فى الدعوى ، فيكون لها حق الطعن فى الحكم الصادر فيها ان كانت خصما محكوما عليه (المصلحة فى الطعن) . أما ان كانت متدخلة فليس لها أن تطعن فى الأحكام الا فى حالتين نصت عليها المادة ٩٦ مرافعات وهما اذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام ، واذا خول القانون النيابة حق الطعن فى الحكم رغم اعتبارها طرفا منضما مثل المادة ٩٠١ مرافعات قديم والتى ما زالت سارية حتى اليوم (٢٤) .

---

(٢٣) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٤٠٠ ـ ٤٠١ ابراهيم سعد ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ . وانظر نقض ١٩٦٦/٣/٢٣ س ١٧ ص ١٦٦ . أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ١٠٠ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٥٠ .

(٢٤) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٤٠١ . ابراهيم نجيب . ص ٣٢١ ـ ٣٢٢ نقض ١٩٦٩/٤/٩ س ٢٠ ص ٥٨٥ . أبو الوفا ص ٨٥ عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٢٤٩ .

الفـــــرع الثـانى

النظام الاجرائى لتدخل النيابة وأثره

١٥٤ ـ كيفية تدخل النيابة العامة وسلطتها :

يوجب القانون على قلم كتاب المحكمة اخبار النيابة العامة كتابة ، بمجرد قيد الدعوى · اذا تعلقت بحالة من الأحوال التى ينص القانون على تدخلها فيها . واذا عرضت على المحكمة أثناء نظر دعوى منالدعاوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة ، تأمر المحكمة فى هذه الحالة باخطارها (م ٩٢ مرافعات) ·

ويحصل تدخل النيابة ، وجوبا أو جوازا ، بمجرد تقديمها مذكرة برأيها فى الدعوى . فلا يوجب القانون ـ كأصل ـ حضور النيابة العامة جلسات المرافعة فى الدعاوى التى تتدخل فيها ، كما أنها لا تحضر جلسة النطق بالحكم فى جميع الأحوال .

ويكون تدخل النيابة فى أى حالة تكون عليها الدعوى بشرط أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة فيها (م ٩٤ مرافعات) . الا أن للنيابة الحق فى طلب مهلة سبعة أياملتقديم مذكرة بأقوالها من اليوم الذى يرسل اليها فيه ملف القضية (م ٩٣ مرافعات) .

واذا تدخلت النيابة فى الدعوى ، وجوبا أو جوازا ، فان دورها يقتصر على مجرد ابداء الرأى فيما قدمه الخصوم من طلبات ودفوع ومستندات . فلا يجوز لها تقديم طلب لم يقدمها الخصوم ولا دفوع لم يثيرونها الا اذا كانت متعلقة بالنظام العام ، والنيابة لذلك آخر من يتكلم (م ٩٥ مرافعات) .

ولا يلزم أن تبدى النيابة رأيها فى كل مرحلة من مراحل الدعوى ، فان أبدت رأيها فى الدعوى قبل حجز الدعوى للحكم ، ولم تبده بعد أن قررت المحكمة اعادة الدعوى للمرافعة من جديد ، فان ذلك لا يعيب الحكم ولا يبطله ، اعتبارا بأن عدم ابداء النيابة لرأيها بعد اعادة فتح الدعوى

للمرافعة محمول على أنها لم تجد جديدا يدعوها الى تغيير رأيها السابق وابداء رأى جديد (٢٥) ٠

١٥٥ ـ الجزاء على عدم تدخل النيابة :

اذا لم تتدخل النيابة فى دعوى من الدعاوى التى تتدخل فيها وجوبا أو جوازا فى أثر ذلك ، نفرق فى هذه الحالة بين أمرين هما :

١ ـ اذا كان عدم تدخل النيابة راجعا الى عدم اخبارها أو اخطارها :

فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى دون تدخل النيابة لهذا السبب يكون باطلا ، ولو كان تدخل النيابة فيها جوازيا . لأن عدم اخطار النيابة فيه تفويت الفرصة فد تدخلها ان كان وجوبيا ، أو تقدير تدخلها ان كان جوازيا ٠ ويحصل التمسك بالبطلان الناشىء عن عدم تدخل النيابة لعدم الاخبار فى حالات التدخل الجوازى . الخصم الذى قدر المشرع حمايته بتدخل النيابة (٢٦) ، فليس لغيره التمسك به .

٢ ـ عدم تدخل النيابة يرجع اليها هى :

اذا أخطرت النيابة بالدعاوى التى قيدت أو أثيرت . متى كانت من الدعاوى التى تتدخل فيها ، وجوبا أو جوازا ، ومع ذلك لم تتدخل النيابة فيها . فان الحكم يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام (٢٧)

---

(٢٥) نقض ١٩٧٨/١١/١ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٤٧ ق ٠ أحمد أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ١٠٠ .

(٢٦) نقض ١٩٨٥/١١/١٧ فى الدعوى رقم ١٨٨٢ لسنة ٥١ ق ، ولا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض لأن عدم اثارته أمام محكمة الموضوع يفيد التنازل عنه (نقض ١٩٨٤/٥/٢٤ ، فى الدعوى رقم ١٦١٥ لسنة ٥٠ ، ٦٨/٦/٢٠ س ١٩ ، ص ١٢٠٢) .

(٢٧) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ فى الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٣/١٢/٤ فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق ، ٧٧/١١/٣٠ ، المجموعة ، س ٢٨ ، ص ١٧٢٩ .

اذا كان صادرا فى دعوى يوجب القانون تدخلّ النيابة فيها ، وبالتالى يكون لأى خصم فى الدعوى التمسك به ، بل وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الطاعن به ، بل وبالرغم من معارضته له (٢٨) .

ولا يترتب البطلان على صدور الحكم فى دعوى مما تتدخل فيها النيابة جوازا ، بغير تدخلها .

---

(٢٨) نقض ١٩٦٨/٤/١١ ، المجموعة س ١٩ ، ص ٧٥٥ ، نقض ١٩٦٨/٥/٢٣ السنة ذاتها ، ص ٩٩٥ .

المبحث الثانى

أعوان القضاة

١٥٦ - تحديد :

يعاون القضاة فى أداء رسالته طائفتان : طائفة من موظفى المحاكم ، وأخرى من غير موظفيها ٠

المطلب الأول

أعوان القضاة من موظفى المحاكم

١٥٧ - تحديد :

لا يعمل القاضى بمفرده فى المحكمة ، وانما يعاونه فى أداء وظيفته عدد من موظفى المحكمة ، يشكلون فى مجموعهم الجهاز الادارى للمحكمة . وقد حدد القانون قواعد خاصة لتعيينهم وترقيتهم وتحديد وظيفتهم وغيرها (المواد ١٣١ وما بعدها من قانون السلطة القضائية) ، وهم :

١ - الكتبة : Les greffiers

وهم مجموعة من الموظفين يكونون فى ما يسمى بقلم كتاب المحكمة الذى يرأسه كبير الأمناء ويتكون من رؤساء الأقلام وأمناء السر والكتبة ٠ ومهمة هؤلاء الموظفون استلام صحف الدعاوى والطعون وقيدها وتقدير الرسوم عليها وتحصيلها ، وحضور الجلسات وتحرير محاضرها وكتابة الأحكام والتوقيع عليها واستخراج صورها التنفيذية والرسمية ، وحفظ الملفات واستخراج الشهادات منها .

٢ - المحضرون : Les huissiers

وهم طائفة من الموظفين يلحقون بكل محكمة ابتدائية يكونون مكتبا يطلق عليه « قلم المحضرين » يرأسه كبيرهم ، ويوجد لهذا القلم فروع فى المحاكم الجزئية ، يتولى اعلان الأوراق القضائية كافة ، بناء على طلب الخصوم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة (م ٦ مرافعات) ، كما

يقوم المحضرون بتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية ، وتوقيع الحجوز التحفظية .

هذا وقد أطلق قانون السلطة اصطلاح « معاون قضائى » على من يعمل فى قلم المحضرين من الحاصلين على ليسانس الحقوق ، و « أمين السر » على من يعمل بقلم الكتاب من حاملى الشهادة المذكورة .

٣ ـ المحضرون : Les Traducteurs

اذا كانت لغة المحاكم هى اللغة العربية (م ١٩ س ق) ، وكان من الممكن أن يكون خصما أمامها أحد الأجانب الذى لا يعرف اللغة العربية ، فمن الطبيعى أن يوجد المشرع وسيلة لنقل أقوالهم ومستنداتهم الى العربية ولهذا تنص المادة ١٥٦ من قانون السلطة القضائية على أن « يلحق بكل محكمة العدد اللازم من المترجمين » يقومون بنقل أقوال الخصوم أو الشهود الى العربية بعد حلف اليمين .

هذا وقد حدد قانون السلطة واجبات العاملين بالمحاكم فى المواد ١٥٨ وما بعدها ، وكذلك قواعد تاديبهم فى المواد ١٦٤ ـ ١٦٩ . وقد ألزمهم قانون المرافعات بألا يباشروا عملا يدخل فى حدود وظيفتهم فى الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة والا كان العمل باطلا (م ٢٦ مرافعات) .

المطلب الثانى

أعوان القضاة من غير العاملين بالمحاكم

١٥٨ ـ تحديد :

يعاون القضاء فى أداء رسالته طوائف أخرى ، تقدم له عونا صادقا ، بالرغم من أنها ليست من بين موظفى المحاكم حيث أن طائفة منها تمارس مهنة حرة أمام المحاكم وغيرها مثل طائفة المحامين ، وأن طائفة أخرى تمارس عملا فنيا تقدمه للمحاكم . رغم أن أفرادها لا يعملون بالمحاكم ، وإن كان بعضهم يعمل موظفا عموميا فى جهات أخرى . وهذه الطائفة هم الخبراء . ونلقى جانبا من الضوء على الدور الذى يقوم به المحامون والخبراء أمام المحاكم .

الفــــرع الأول

المحــــامون

١ ـ الاستعانة بالمحامين

١٥٩ ـ أهمية الاستعانة بالمحامين :

لا يكفى لمباشرة بعض الدعاوى واتخاذ الأعمال الاجرائيـــة فى خصوماتها مجرد توافر الأهلية الاجرائية للخصم ، ولا التمثيل القانونى له ، وانما تطلب المشرع لمباشرتها أن يتولاها شخص ـ نيابة عن الخصوم ـ تتوافر فيه كفاءة معينة فى فهم القانون وقواعده . وهذا الشخص هـــو المحامى أو المحامين Les avocats . ويطلق الفقه الايطالى على هذه النيابة ـ التمثيل الفنى rappresentanza tecnica (٢٩) ، والفقه المصرى « الوكالة بالخصومة » (٣٠) .

والوكالة بالخصومة فى نظامنا لا تكون الا للمحامين ، واستثناء للأزواج والأقارب والأصهار الى الدرجة الثالثة أمام قضاء الدرجة الأولى . فلا تصح الوكالة بالخصومة لغير المحامين أمام قضاء الدرجة الثانيـــة وما فى مستواها ، وكذلك أمام النقض والادارية العليا .

ويساعد المحامى الخصم فى الدفاع عن مصالحه وتقديم المشورة الفنية له ، وفى الوقت نفسه يعاون القضاء فى عرض الوقائع عرضـــا فنيا منظما ، وبيان أساس الدعوى والأسانيد التى يستند اليها الخصوم ، مما يسهل على القضاء الفصل فى الدعاوى . وهذا الدور المزدوج الذى يلعبه المحامى هو الذى أدى الى اختلاف الفقه حول طبيعة عمل المحامى ، فمن رأى أن المحامى يقوم بخدمة عامة فى مرفق القضاء ، ومن قال بأن

---

(٢٩) ميكيللى ـ ج ١ ، بند ٥٣ ، ص ١٨٤ ، ردنتى ، ج ١ ، ص ٤٩ ، ص ١٧٣ . كوستا وبيرو ، بند ١٢٥ ، ص ١٧٤ .

(٣٠) جميعى ، مبادىء ، ص ٢٥٧ ، فتحى والى ـ الوسيط ، بند ٢٠٠

المحامى يقوم بمهمة معينة مقابل أتعاب يتقاضاها ، فهو لا يعدو أن يكون مقاولا ، ومن قال بأن المحامى مجرد وكيل عن الخصم (٣١) .

والوكالة بالخصومة قد تكون وكالة عامة مطلقة ، تشمل كل ما يرفع من أو على الموكل ، وقد تكون وكالة خاصة بخصومة معينة ترفع من الموكل أو عليه أو حتى بمرحلة واحدة من خصومة محددة .

١٦٠ ـ حالات الاستعانة بالمحامين فى غير المسائل الجنائية :

اذا كان الأصل أن الاستعانة بالمحامين واجبة أمام القضاء الجنائى ، فان الأمر غير ذلك بالنسبة للمواد المدنية وغيرها ، فالأصل فيها أنها اختيارية ، فللخصوم الحق فى الحضور أمام المحاكم ، بأنفسهم أو بمن يمثلونهم . الا أن المشرع قد أوجب الاستعانة بالمحامين فى المواد المدنية فى حالات معينة هى :

١ ـ توقيع صحف الدعاوى :

يجب أن تكون صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء المقدمة الى المحاكم الابتدائية والادارية موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية ، أو الى المحاكم الجزئية متى جاوزت قيمتها خمسين جنيها (م ٥٨ محاماة) وكذلك يجب أن تكون صحف الدعاوى التى ترفع الى محاكم مجلس الدولة ، محكمة القضاء الادارى موقعة كذلك من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحاكم .

٢ ـ توقيع صحف الطعون :

كما أوجب القانون أن تكون جميع صحف الطعون على اختلافها ـ موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة المرفوع اليها الطعن .

---

(٣١) أنظر فى عرض هذا الخلاف ابراهيم سعد ، ص ٣٢٣ وما بعدها ، فتحى والى ، الوسيط ـ ص ٣٦٧ . سوليس وبيرو ج ١ ص ٩٤٤ . طلبة وهبة خطاب ، المسئولية المدنية للمحامى ، ١٩٨٦ ، ص ٢٧ ، نور شحاته ـ استقلال المحاماة ، ص ١٣٩ .

فجميع صحف الطعون المرفوعة الى محكمة النقض يجب أن تكون موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها (م ٢٥٣ مرافعات ، م ٥٨ /١ محاماة) وكذلك المذكرات والمستندات التى تودع باسم الخصم ٠ ويجب ايداع قلم كتاب المحكمة سند توكيل المحامى الموكل فى الطعن (٣٢) ، وكذلك سند توكيل من قام بتوكيل المحامى عن الطاعن (٣٣) ٠ وذلك عند التقرير بالطعن بالنقض أو أثناء نظره الى ما قبل قفل باب المرافعة فيه ٠

كما يجب أن تكون صحف الطعون المقدمة الى المحكمة الادارية العليا (م ١/٥٨ محاماة) ، والى المحكمة الدستورية العليا موقعة من محـــام مقبول للمرافعة أمامها (م ٣٤ ق المحكمة الدستورية العليا) ٠

كما يجب أن تكون صحف الطعون بالاستئناف موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم المرفوعة اليها هذه الطعون (م ٢/٥٨ محاماة) ٠

---

(٣٢) وقد ترددت محكمة النقض فى تحديد الجزاء المترتب على عدم ايداع سند الوكالة بالنقض حتى اقفال باب المرافعة ، فذهبت فى كثير من احكامها على عدم قبول الطعن فى هذه الحالة (أنظر نقض ٨٧/٥/٧ فى الطعن ٣٦٨ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/١٥ فى الطعن ١٥١٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ فى الطعن ٢٠٨٠ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٢/٢٥ فى الطعن ١٠٢٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١٢/٣ فى الطعن ٢١٨٩ لســـنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١/٨ فى الطعن ١٥٥٩ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١١/٢٧ فى الطعن ١٣٧٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/١٧ فى الطعن ٢٠ لسنة ٥٣ ق ، والطعن ١٧٩٤ لسنة ٥١ ق) ٠ فى حين ذهبت فى أحكام اخرى الى بطلان الطعن (٨٧/٦/١٠ فى الطعن ٤٠٣ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٢/١٥ فى الطعن ١٩٤٧ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/١/١١ فى الطعن ٥٣١ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ٢٠٨٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٥/١١/٧ ، فى الطعن ٢٩٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٥/١٠/٣١ فى الطعن ٢٣١٣ لسنة ٥١ ق) ٠

(٣٣) والا كان الطعن غير مقبول لانتفاء الصفة (نقض ١٩٨٧/١٢/١٣ فى الطعن ١٨٣٨ لســـنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٥/٦ فى الطعن ١٨٢٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٤/٢٣ فى الطعن ١٤١١ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٧/٤/٢٢ فى الطعن ٧٢٧ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٤/٩ فى الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٢ ق، ١٩٨٧/٢/١٨ فى الطعن ١٣٠ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/١/٢ فى الطعن ٢٣٠٩ لسنة ٥٢ ق) ٠

٣ ـ الحضور أمام بعض المحاكم :

لم يستلزم القانون فقط مجرد توقيع المحامى على صحف الدعاوى والطعون ، ولكنه استلزم ـ فى بعض المحاكم ـ حضور المحامى أمامها ، بحيث لا يغنى حضور الخصوم وحدهم عن حضور المحامى . ومن هذه المحاكم ، محكمة النقض .

١٦١ـ الجزاء المقرر على مخالفة القواعد المقررة للاستعانة بالمحامين :

رتب المشرع البطلان جزاء على عدم توقيع صحف الدعاوى أو الطلبات أو الطعون من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم المرفوعة اليها هذه الصحف ، وهو بطلان متعلق بالنظام العام ، تملك المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها وتجوز اثارته فى أى وقت (٣٤) ، ولا يسقط الحق فى التمسك به بالتكلم فى الموضوع (٣٥) . وان كان من الممكن تصحيح هذا البطلان ، ولكن فى درجة التقاضى ذاتها التى استلزم توقيع المحامى على صحيفتها (٣٦) .

وقد وصل الأمر بالبعض الى القول بأن حضور الخصم نفسه الجلسة دون حضور محاميه حيث يوجب القانون حضوره ، لا أثر له ، ويعامل معاملة الخصم الغائب (٣٧) .

---

(٣٤) نقض ١٩٨٧/١/٤ فى الطعن ٢٤٩٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ فى الطعن رقم ٢١٤٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٤/٦/٧ فى الطعن ٢١٢٧ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٢/٥/٢٥ فى الطعن ١٥٧٢ لسنة ٤٨ ق ، ١٩٧٥/١٢/٣١ ، س ٢٦ ، ص ١٧٤٢ ، نقض ١٩٦٧/٥/٣١ المجموعة ، س ١٨ ، ص ١١٨ . ولكن لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض لأول مرة (نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ ، س ٢٠ ، ص ٨١٥) . عكس ذلك نقض ١٩٨٤/٣/١٥ فى الطعن رقم ١١٩٧ ، س ٥٠ ق .

(٣٥) نقض ١٩٨٣/٣/٩ س ٣٤ ، ص ٦٦١ ، ١٩٨٣/١/٢٣ ، س ٣٤ ، ص ٢٤٩ .

(٣٦) نقض ١٩٨٣/١/٢٣ ، س ٣٤ ، ص ٢٩٤ .

(٣٧) كوستا ، بند ١٢٥ ، ص ٣٧٥ .

واذا كان توقيع المحامى على أصل صحف الطعون وصورها ، أمرا لازما ، فان المشرع لم يحدد مكانا لهذا التوقيع ، فقد يرد أولها أو فى نهايتها (٣٨) • هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لا يلزم هذا التوقيع على صحف تعجيل الدعوى أو الطعن بعد الوقف أو الانقطاع (٣٩) •

٢ ـ مزاولة مهنة المحاماة ومضمونها

١٦٢ ـ مزاولةمهنة المحاماة :

مهنة المحاماة مهنة حرة ينظمها القانون ويجيز للمحامين بمساعدة المتقاضين وابداء النصح اليهم ، ومباشرة اجراءات الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة ، وكفالة حق الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم •

وينظم مباشرة هذه المهنة قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ والذى حل محل القـــــانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ •

ويزاول مهنة المحاماة **وأعمالها المحامون أصحاب المكاتب الحرة بالوكالة عن الغير ، والمقيدين بجداول المحامين المختلفة** • كما يزاول هذه المهنة وأعمالها عن الهيئات العامة وشركات القطاع العام ، **محامو القطاع العام وأعضاء الادارات القانونية بها** (قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ فى شأن الادارات القانونية فى المؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها) ، علما بأنه لا يجوز لمحامى هذه الادارات مزاولة أعمال المحاماة لغير الجهة التى يعملون بها والا كان العمل باطلا (م ٨ من قانون المحاماة الجديد) (٤٠) • وأن هذه الادارات هى صاحبة الصفة ـ كأصل ـ فى

---

(٣٨) نقض ١٩٨٤/١/٥ فى الطعن ٦٠٦ لسنة ٥٠ ق •

(٣٩) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ ، الطعن رقم ٢٤٢٠ وأخرى لسنة ٥٢ ق •

(٤٠) وكانت محكمة النقض قد أجازت ـ فى ظل قانون المحاماة الملغى رقم ١٩٦٨/٦١ لمحامى الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية ممارسة مهنة المحاماة أصالة عن أنفسهم ، ووكالة عن الغير ، ولا يترتب على ذلك بطلان (نقض ١٩٨٧/٢/١٧ فى الطعنين رقمى ١٠٧٤ ، ١١٠٦ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٧٩/٦/١٢ فى الطعن رقم ٨٥ لسنة ٤٣ ق •

مباشرة الدعاوى نيابة عن المؤسسات التابعة لها أو الوحدات الاقتصادية .
ولا يجوز لغيرها القيام بذلك الا استثناء وبتفويض خاص من مجلس ادارتها ، والا كان الطعن غير مقبول (٤١) .

ويزاول أعمال المحاماة عن الحكومة وغيرها من أجهـــزة الدولة ومصالحها أعضاء هيئة قضايا الدولة الذى ينظم أمورهم القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ . وقد نصت المادة السادسة منه أن هيئة قضايا الدولة « تنوب عن الدولة بكافة شخصياتها الاعتبارية العامة (٤٢) ، فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التى خولها القانون اختصاصا قضائيا ، وتسلم صور الاعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات .. ، ولرئيس هيئة قضايا الدولة أو لمن يفوضه أن يتعاقد مع المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم فى مباشرة دعوى خاصة باحدى الشخصيات الاعتبارية العامة أمام المحاكم الأجنبية » .

ومن المقرر أن أعضاء هيئة قضايا الدولة يباشرون مهمتهم بالرغم من عدم قيدهم فى جداول المحامين المشتغلين .

ويحدد قانون المحاماة شروط مزاولة مهنة المحاماة وجداول القيد بهـــا .

---

(٤١) نقض ١٤/٦/١٩٨٧ فى الطعن ١٩٧٠ لسنة ٥٤ ق ، ١/٣/١٩٨٧ فى الطعن ٥٩١ لسنة ٥٥ ق ، ١٥/٢/١٩٨٧ فى الطعن ٢٠١٠ لسنة ٥٥ ق ، ٢٦/٢/١٩٨٧ فى الطعن ٦١٥ لسنة ٥٦ ق ، ٢٤/٤/١٩٨٧ فى الطعن ٤٦ لسنة ٥٥ ق .

(٤٢) ولا يجوز لأعضاء هيئة قضايا الدولة مباشرة الدعاوى وأعمال المحاماة لغير الدولة بأجهزتها العامة ، ومن ثم لا صفة لهم فى مباشرة أعمال المحاماة لحساب شركة من شركات القطاع العام (نقض ٢١/٣/١٩٨٤ فى الطعن ٥٩٤ لسنة ٣٤ ق) . كما أن توقيع محامى قضايا الحكومة على صحيفة دعوى خاصة من شـــــأنه أن يرتب بطلان صحيفة هذه الدعوى (نقض ١٣/١/١٩٨٣ المجموعة ، س ٣٤ ، ص ٢٩٤) .

١٦٣ - مضمون مهنة المحاماة :

تتمثل مهنة المحاماة فى نظامنا ليس فقط فى الدفاع عن الخصم ، بل فى مباشرة الخصومة باجراءاتها المتعددة ، بدءا من رفع الدعوى وانتهاء باستلام صورته واعلانها وقبض الرسوم والمصاريف ومرورا بكل اجراءات تسيير الخصومة . كل ذلك بغير اخلال بما أوجب القانون فيه تفويضا خاصا . وكل قيد يرد فى سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتج به على الخصم الآخر (م ٧٥ مرافعات) .

فضلا عن أن موطن الوكيل بالخصومة (المحامى) - يعتبر بمجرد صدور التوكيل معتبرا فى اعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى (م ٧٤ مرافعات) (٤٣) . وأن كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يعد بمثابة ما يقرره الوكيل نفسه الا اذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة (م ٧٩ مرافعات) .

على أن هناك أمورا لا يكفى فيها سند التوكيل العام ، بل يلزم للقيام بها تفويض خاص . اذ لا يجوز للوكيل بالخصومة - بغير تفويض خاص - الاقرار بالحق المدعى به ، ولا التنازل عنه ، ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، ولا رفع الحجز أو ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ومخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا (م ٧٦ مرافعات) .

ويلاحظ من هذا النص أن كل الحالات التى تضمنها انما تعد تصرفات قانونية يجب أن تصدر من صاحبها أو ممن يفوضه فيها تفويضا خاصا ، نظرا لأهمية وخطورة الآثار القانونية المترتبة على القيام بأى منها .

---

(٤٣) حيث أن مكتب المحامى يعتبر موطنا مختارا للخصم فى درجة التقاضى الموكل فيها (نقض ١٩٨٧/٤/٢٢ فى الطعن ١٧٧٢ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٥ فى الطعن ٢٢٨ لسنة ٥٢ ق .

ولم يشترط المشرع أن يكون الوكيل بالخصومة محام واحـــد ، فقد يتعدد الوكلاء بالخصومة فى خصـــومة واحدة عن شخص واحد ، بقصد تبادل الرأى والمشاورة بينهم فيما يجب اتخاذه فى القضية . ومع ذلك يجوز لأيهم الانفراد بالعمل فى القضية واتخاذ الاجراءات فيهــــا بمفرده وذلك ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص خاص فى سند التوكيـل (م ٧٧ مرافعات) . بل يجوز للمحامى - ان كان واحدا - أن ينيب غيره من المحامين فى القيام بما هو ملتزم بالقيام به ما لم يكن ممنوعا من الانابة صراحة فى التوكيل (م ٧٨ مرافعات) . كما أن اعتزال الوكيل أو عزله لا يحول دون سير الاجراءات فى مواجهته الا اذا أعلن الخصـــم بتعيين بدلا له أو بعزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه .

وللمحامين نقابة عامة واحدة - مقرها مدينة القاهرة - تضمهم ، وتقوم على شئونهم وترعى مصالحهم ، وتتولى ارساء تقاليد المهنة ، وتنشىء جداول مختلفة لقيد المحامين بها ، ويقوم بتمثيلها نقيب المحامين ولها نقابات فرعية تشكل فى دائرة كل محكمة ابتدائية ، يكون لكل منها شخصيتها الاعتبارية فى دائرة اختصاصها .

٣ - حقوق المحامين وضماناتهم وواجباتهم

١٦٤ - حقوق المحامين :

حتى تؤدى مهنة المحاماة أداءا حسنا ، لابد من الاعتراف للمحامى بحقوق وضمانات تكفل له استقلاله (٤٤) وحريته فى أداء رسالته . من هذه الحقوق ما يلى :

- حق المحامين وحدهم (٤٥) فى التوكيل بالخصومة ومزاولة أعمال المحاماة أمام مختلف الجهات القضائية وسلطات التحقيق والحضور أمامها (م ١٣٢ س ق ، ٣ محاماة) .

---

(٤٤) أنظر فى استقلال المحاماة ، محمد نور شحاته - استقلال المحاماة وحقوق الانسان - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٧ ص ١١٠ وما بعدها .

(٤٥) الا للأزواج والأقارب والأصهار الى الدرجة الثالثة أمام محاكم الدرجة الثالثة (م ٧٢ مرافعات والمادة ١٣٢ من قانون السلطة القضائية) علما بأن قانون المحاماة الجديد قد جاء خلوا من هذا الاستثناء ، عكس ما كان عليه الأمر فى قانون المحاماة الملغى .

ـ حق المحامين فى الاطلاع على التحقيقـــات والدعاوى والأوراق القضائية والحصول على البيانات المتعلقة بها ومسودة الأحكام (م ٥٢ محاماة ، ١٧٧ مرافعات) .

ـ حق المحامين فى اختيار الوسيلة الملائمة لعرض دفاعه ، شفاهة أو كتابة فى مذكرات يقدمها (م ٤٧ محاماة) .

ـ حق المحامين فى قبول أو رفض الوكالة بالخصومة أو القيام بعمل أو اجراء (م ٤٨ محاماة) دون ابداء الأسباب الا فى الحالات التى يلزمه القانون بقبولها ، كما فى حالات الندب والتكليف من قبل المحكمـــــة أو النقابة .

ـ حق المحامى فى انابة غيره من المحامين ـ دون توكيل منه ـ فى المرافعة أو الحضور فى الدعوى الموكل هو فيها ، ما لم يكن ممنوعا من ذلك صراحة فى التوكيل (م ٧٨ مرافعات ، ٥٧ محاماة) .

ـ حق المحامى فى الحصول على مقابل أتعابه عن الأعمال التى يقوم بها لحساب الخصم والمحددة باتفاقهما ، أو بقرار من النقابة الفرعية بناء على طلب المحامى أو موكله اذا لم تكن محددة . وكذلك استيفاء النفقات والمصاريف التى أنفقها لحساب الموكل (م ٨٢ محاماة) .

كما كفل القانون مجموعة من الضمانات للمحامين تكفل لهـــم الاستقلال والحرية فى أداء المهنة ، منها **عدم جواز القبض على المحامى أو حبسه احتياطيا عن جرائم السب والقذف والاهانة بسبب أقوال أو كتابات صدرت عنه بسبب ممارسة المهنة أو أثناء تأديته لها . كما لا تملك المحكمة أثناء الجلسة اخراج المحامى منها اذا أخل بنظامها أو الحكم بحبسه أو بفرض غرامة عليه أو القبض عليه** بسبب ارتكابه جنحة أو جناية أثناء انعقاد الجلسة . وكل ما للمحكمة فى هذا الخصوص هو تحرير محضر بالواقعة ورفعه الى النيابة العامة (المواد من ٤٨ ، ٤٩ وما بعدها من قانون المحاماة) (٤٦) .

---

(٤٦) أنظر تفصيلا نور شحاته ـ استقلال المحـــاماة ص ١٧٠ وما بعدها .

وكذلك عدم جواز القبض على محام أو تفتيش مكتبه الا بمعرفة أحد رجال النيابة العامة وبعد اخطار مجلس النقابة ، كما يجب اخطار مجلس النقابة قبل الشروع فى تحقيق أية شكوى ضد محام بوقت كاف مناسب وللنقيب أو رئيس النقابة الفرعية أن يحضر هو أو من ينيبه من المحامين التحقيق اذا كان المحامى متهما بجناية أو جنحة خاصة بعمله (م ٢/٥١) كما لا ترفع الدعوى الجنائية فيها الا بأمر من النائب العام أو من ينوب عنه من المحامين العامين الأول (م ٥٠ ـ ٥١ محاماة) . وأيضا عدم جواز الحجز على مكاتب المحامين ومحتوياته كافة (م ٥٤ محاماة) .

١٦٥ ـ واجبات المحامين وتأديبهم :

اذا كان للمحامين حقوق وضمانات كثيرة تكفل لهم استقلالهم وحريتم فى أداء رسالتهم ، فانه لا شك عليهم واجبات يلتزمون بها والا كانوا محلا للمساءلة التأديبية . وهذه الواجبات هى :

ـ المحافظة على مبادىء الشرف والتزام تقاليد المهنة وآدابها .

ـ الامتناع عن مساعدة خصم موكله فى ذات النزاع أو فى نزاع مرتبط به ولو كان من قبيل الشورى حتى لو كان قد تنحى عن الوكالة (م ٨٠ محاماة) .

ـ لا يجوز للمحامى أن يمثل مصالح متعارضة (م ٨ محاماة) ، كما لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع عليها مباشرة أو باسم مستعار .

ـ الالتزام بعدم افشاء أسرار المهنة .

ـ الامتناع عن سب الخصوم وذكر ما يسىء اليهم أو اتهامهم بما يمس شرفهم أو كرامتهم (م ٦٩ محاماة) كما لا يجوز للمحامى أن يدلى بتصريحات أو بيانات عن القضايا المنظورة التى يتولى الدفاع فيها (م ٧٠ محاماة) .

- لا يجوز للمحامى أن يكون له أكثر من مكتب واحد فى الجمهورية كلها ، وأن يكون مكتبا لائقا بالمهنة (م ٧٤ محاماة) .

- الالتزام برد الاوراق والمستندات الأصلية الى الموكل عند انتهاء الوكالة وكذا النقود التى حصل عليها لموكله مع عدم الاخلال بحقه فى حبسها استيفاء لأتعابه .

- عدم الجمع بين المحاماة والأعمال الأخرى التى نصت عليها المادة ٥٢ وهى رئاسة السلطة التشريعية والوزارة والوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة (★) ، والاشتغال بالتجارة وغير ذلك من الأعمال التى تتنافى مع استقلال المحامى أو لا تتفق مع كرامته .

- عدم ممارسة المحاماة عن طريق الدعاية أو الترغيب أو استخدام الوسطاء (م ٧١) وعدم قبوله الوكالة فى دعوى أو شكوى مقدمة ضد زميل له الا بعد اذن النقابة (م ٦٨ محاماة) (٤٧) .

واذا أخل المحامى بأى من هذه الواجبات فانه يكون محلا للمساءلة التأديبية من جانب النقابة التى تختص بتوقيع عقوبة الانذار ، أو من مجلس تأديب المحامين المشكل تشكيلا خاصا ، والذى يملك توقيع عقوبات اللوم أو المنع من مزاولة المهنة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو محو الاسم نهائيا من جدول المحامين ، وترفع الدعوى التأديبية من النيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب مجلس النقابة أو رئيس احدى المحاكم ويكون للمحامى حق الطعن فى قرارات مجلس التأديب على النحو المنصوص عليه فى قانون المحاماة (المواد ٩٨ - ١١٩ محاماة) (٤٨) .

(★) عدا أساتذة القانون بالجامعات المصرية .

(٤٧) ولا يترتب على مخالفة هذا الواجب الأخير بطلان الحكم وانما جواز المساءلة التأديبية نقض ١٩٧٩/١/٨ فى الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٤ قضائية .

(٤٨) انظر فى تفاصيل تأديب المحامين عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٣٨٣ وما بعدها نظرية الاختصاص ص ٢٥٧ - ٢٨٩ . ابراهيم سعد - ص ٣٢٢ وما بعدها .

المطلب الثـــانى

الخبـراء

les experts

١٦٦ ـ ضرورة الاستعانة بالخبراء :

اذا كان المفروض علم القاضى بالقانون وقواعده ، فليس من العدل افتراض علم القاضى بكافة فروع العلوم المختلفة ، علما أكيدا والماما تاما بكل جوانبها حتى يتمكن من الفصل فيما قد يعرض عليه من منازعات تتعلق بهذه الفروع ، لأن ذلك ولا شك يعد تكليفا بما لا يستطاع . ولهذا كان لابد من الاستعانة بالخبراء فى مختلف العلوم والفنون لاجلاء ما خفى على القاضى وما أشكل عليه . ولهذا نرى أن كل التشريعات الحديثـــة تنظم الخبرة أمام المحاكم وتجيز لها الاستعانة بآراء الخبراء المتخصصين وفى هذا تنص المادة ٦١ مرافعات ايطالى والمادة ١٣٥ من قانون الاثبات المصرى الجديد على أنه للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ، اما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ، والاستعانة بالخبراء جوازية للمحكمة ، فلها أن ترفض ندب خبير ولو طلب ذلك الخصوم (٤٩) . وتحد المحكمة مهمة الخبير ، وما ينتهى اليه الخبير

---

(٤٩) **طالما أن رفضها كان قائما على أساس يبرره** (نقض ١٩٨٧/٦/٩ فى الطعن رقم ١٦٠٥ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٧/٣/١٢ فى الطعن ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق ـ **فلا تلتزم المحكمة أصلا بندب خبير متى وجـــدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها منها** ، وعدم اشارتها اليه فى حكمها يعتبر قضاء ضمنيا برفضه (نقض ١٩٨٦/١٢/٣١ فى الطعن ٩٧٩ لسنة ٥١ ق ، وفى الطعن ١٠٤٠ لسنة ٥٣ ق) . كما لا تلتزم المحكمة بندب خبير آخر مرجح متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (نقض ١٩٨٧/٢/٢٦ فى الطعن ٢٣١ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/١/٢٨ فى الطعن ٦٥٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢ فى الطعن ٢٥١٣ لسنة ٥٢ ق) . فاذا كانت الاســـتعانة بالخبراء جوازية للمحاكم ، الا أنها وجوبية عليهم فى أحوال معينة ، اذا تعلق الأمر بمسائل فنية بحتة لا تعتبر من قبيل المعلومات العامة ، والتى لا يعلمها الا أهل الخبرة . فان قضى فيها القاضى فعليه أن يفصح عن مصدر علمه بها من أوراق الدعوى (فتحى والى ـ الوسيط ص ٦٢٠) .

يظل أمرا استشاريا للمحكمة لها أن تأخذ به ولها ألا تأخذ به ، اذ أن التقدير النهائى يظل للمحكمة ، وعليها وحدها القيام به (٥٠) .

وتختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها الا اذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة أو اذا اتفق الخصوم على اختيار خبيرا أو ثلاثة ، أقرت المحكمة اتفاقهم (١٣٦ اثبات) واذا كان الخبير أو الخبراء من غير المقبولين أمام المحكمة وجب عليهم أن يحلفوا يمينا أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - بأن يؤدوا أعمالهم بالصدق والأمانة والا كان العمل باطلا (١٣٩ اثبات) . ويوجد لدى كل محكمة ابتدائية واستئنافية جدول بالخبراء المقبولين أمام كل منها ومن المعروف أن الخبراء ليسوا من موظفى المحكمة ، ولكن قد يكون من بينهم من تربطهم بالدولة علاقة وظيفية مثل خبراء مصلحة الطب الشرعى وادارة تحقيق الشخصية .

ويقوم الخبر بأداء مأموريته مقابل أداء نقدى يقدره بأمر على عريضة رئيس الدائرة التى ندبته أو قاضى الجزئى الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى واذا تأخر صدور الحكم بعد الثلاثة أشهر التالية لايداع تقرير الخبير لأسباب لا دخل له فيها ، فتقدر أتعاب الخبير بغير انتظار لصدور الحكم (م ١٥٧ اثبات) ويستوفى

---

(٥٠) اذ أن تقدير عمل الخبير من سلطة محكمة الموضوع ، لها أن تأخذ به محمولا على أسبابه ، وعدم التزامها بالرد استقلالا عما يوجه اليه من مطاعن (١٩٨٧/١٢/٢٠ فى الطعن ٢٦٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن ٨٦٢ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٥/٥ فى الطعن ٦١٣ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٣/١٩ فى الطعن ٢٠٥٣ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١/١٥ فى الطعن رقم ٢٢٤٣ و ٢٣٦٥ لسنة ٥٢ ق) وأن عمل الخبير عنصر من عناصر الاثبات الواقعية فى الدعوى ، يخضع لتقدير المحكمة دون معقب (نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ فى الطعن ١٠٥٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن ٨٦٢ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ فى الطعن ١٧٠٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١١/٥ فى الطعن ١٨٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعن ٤٢٤ لسنة ٥٣ ق) وللمحكمة الموضوع أن تأخذ بالتقرير كله أو بعضه (نقض ١٩٨٧/٥/٦ فى الطعن رقم ٦١٣ لسنة ٥٣ ق) .

الخبير أتعابه من الأمانة المودعة لدى المحكمة لحساب الخبير من الخصم المكلف بايداعها قبل مباشرة الخبير لمأموريته ٠ ويكون أمر تقـــدير الأتعاب فيما زاد على الأمانة واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم وكذلك على الخصم الذى قضى بالزامه بالمصروفات (م ١٥٨)

ويحدد قانون الاثبات واجبات الخبير وحقوقه واجراءات وأسباب رده (١٣٥ - ١٦٢ منه) (٥١) ٠

---

(٥١) انظر في ذلك كله مؤلفنا - القضاء ونظام الاثبات ص ٣٢٥ - ٣٣٩ ٠

الباب الثالث

القضـــاء وولايته

- جهات القضـــــــاء
- ولاية الجهات القضائية

١٦٧ ـ تقسيم :

بقى علينا ، بعد أن تحدثنا عن وظيفة القضاء ، ومقوليها أن نتحدث فى هذا الباب عن الجهات المنوط بها القيام بهذه المهمة ، ثم عن ولاية هذه الجهات . وذلك فى فصلين :

الفصل الأول : جهات القضاء فى الدولة .

الفصل الثانى : ولاية الجهات القضائية .

الفصل الأول

جهات القضاء فى الدولة

١٦٨ - المامة تاريخية :

رأينا فيما سبق ، كيف أن الفكر السياسى المعاصر يجعل من القضاء وظيفة عامة ، وسلطة من سلطات الدولة ، سلطة مستقلة ، قائمة بذاتها ، تباشرها الدولة - فى حدود سيادتها - من طريق ما تنشئه من جهات ، توليها قدرا من الولاية القضائية للدولة (١) . وفى ذلك تنص المادة ١٦٨ من الدستور على أن « السلطة القضائية مستقلة ، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها » .

ولقد مر نظامنا القضائى بمراحل تاريخية عديدة ، تمثل فى مجموعها تاريخا للقضاء المصرى ، والذى يعد جزءا من تاريخ مصر السياسى . ومر القضاء المصرى بمرحلتين أساسيتين :

- مرحلة التعدد القضائى :

وهى الفترة السابقة على سنة ١٩٤٩ ، حيث كانت مصر جزءا من الدولة العثمانية ، فتعددت فى مصر الجهات القضائية فى هذه الفترة تعددا لا نظير له فى أى دولة أخرى . حيث وجد فى مصر القضاء القنصلى - والذى سمح به اعمالا للامتيازات الأجنبية التى أعطيت للأجانب وكذلك القضاء الملى بالنسبة لغير المسلمين للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بهم . كما أن هناك القضاء الوطنى ، والذى تمثل فى بداية الأمر فى المحاكم الشرعية للفصل فى منازعات المصريين كافة ، سواء الخاصة بالمعاملات أو الحدود أو بمسائل الأحوال الشخصية . ثم ما لبث

---

(١) أنظر أحمد مسلم ، ص ٧٤ وما بعدها ، محمد حامد فهمى ، ص ٦ وما بعدها ، ص ٢٨٣ ، رمزى سيف ص ٢٨ وما بعدها . عبد الفتاح السيد - الوجيز ، ص ١٦ وما بعدها .

محمد على أن أنشأ مجالس الأحكام التى تفصل فى مسائل المعـاملات ، والمسائل الجنائية ، ليبقى للمحاكم الشرعية سلطتها فى الفصل فى منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين . ثم أنشأت بعد ذلك المجـالس الحسبية لتفصل فى مسائل الولاية على المال بالنسبة للمصريين .

ونتيجة لهذا التعدد فى الجهات القضائية عملت مصر جاهدة بفضل جهود أبنائها ومثقفيها المخلصين ، على اصلاحه وازالة أسبابه ، حتى أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، وهى ان كانت تشكل من قضـاة أجانب ، الا أنها كانت محاكم مصرية خالصة تطبق قوانين مصرية هى القوانين المختلطة التى تسرى على المنازعات المختلطـة التى تقع بين المصريين والأجانب ، أو بين الأجانب مختلفى الجنسـية . ثم ألغيت الامتيازات الأجنبية ، وألغى معها المحاكم القنصلية فى سنة ١٩٣٧ ، وتم نقـل المسـائل التى كانت تفصـل فيها الى المحاكم المختلطة التى تباشر عملها هى الأخرى لفترة انتقالية تنتهى فى ١٤/١٠/١٩٤٩ .

وفى عام ١٨٨٣ أنشئت المحاكم الأهلية Tribunaux indigénes لتحل محل مجالس الأحكام القديمة . وهى المحاكم الموجودة فى نظامنـا القضائى الراهن . كل ذلك بجانب القضاء الشرعى والمجالس الحسبية . وكان النظام المصرى قد أنشأ فى ١٩٤٦ مجلس الدولة ليكون جهـة قضاء جديدة تفصل فى بعض المسائل الادارية .

ـ مرحلة توحيد جهات القضاء :

وبانقضاء الفترة الانتقاليـة المحـددة للمحـاكم المختلطة فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ، أصبحت المحاكم الأهلية ، هى جهة القضاء العـامة فى مصر لتفصل فى المنازعات كافة أيا كانت جنسية أطرافها ، كما آل اليها ما كان داخلا فى ولاية القضاء الشرعى والحسبى والمجالس الملية التى ألغيت جميعها بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لتفصل المحـاكم الأهلية (الوطنية) فى منازعات الأحوال الشخصية كافة ـ مسائل الولاية

على النفس وكذلك المال ـ أيا كانت ديانة أطرافها . وذلك بجانب القضاء الادارى الذى أنشىء سنة ١٩٤٦ ليفصل فى بعض المسائل الادارية . وبذلك لم يعد بمصر سوى جهة القضاء المدنى (المحاكم) وجهة القضاء الادارى (مجلس الدولة) .

١٦٩ ـ تقسـيم :

رأينا كيف أن جهات القضاء فى مصر قد انحصرت منذ سنة ١٩٥٦ فى جهتين عامتين للقضاء هما جهة القضاء العادى ، والتى عبر عنها التشريع المصرى « بالمحاكم » (م ١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) ، وجهة القضاء الادارى ، والتى عبر عنها المشرع « بالقسم القضائى » بمجلس الدولة (م ٢ ، ٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . الجهة الاولى ، هى جهة القضاء العامة للفصل فى المنازعات كافة ، والتى لم يخرجها المشرع بنص خاص ولايتها . والثانية هى جهة القضاء العامة للفصل فى المسائل الادارية والتأديبية كافة ، والتى لم تخرج عن ولايتها بنص خاص .

وبجانب هاتين الجهتين العامتين ، قامت الدولة بانشاء عدد من الجهات (الخاصة أو الاستثنائية) وأولتها قدرا من ولاية القضاء فى الدولة . وهذه الجهات ، هى ما نطلق عليها « الجهات القضائية ذات الولاية المحدودة » .

ولذلك يكون من الطبيعى أن يأتى هذا الفصل فى مبحثين ، نبين فى الأول جهتى القضاء العامتين ، وفى الثانى نتحدث عن أهم جهات القضاء المحدود الولاية .

المبحث الأول

جهتا القضاء العام

المطلب الأول

القضاء العادى (المحاكم)

١٧٠ ـ تقسـيم :

يقصد بالقضاء العادى ـ الجهة القضائية التى تباشر وظيفة القضاء فى المسائل والمنازعات كافة ، التى لم تدخل فى ولاية جهة أخرى ، مدنية كانت هذه المنازعات أم جنائية . وهذه الجهة هى المعروفة تشريعيا « بالمحاكم » دون اضافة وصف اليها . وهذه المحاكم تفصل فى المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، وأيضا فى المواد الجنائية . والمحاكم التى تفصل فى المسائل الأولى تشكل ما نسميه « بالقضاء المدنى » ، والمحاكم التى تفصل فى المواد الأخيرة تشكل ما نسميه « بالقضاء الجنائى » ويتولى قانون السلطة القضائية ترتيب محاكمهما وتشكيل كل منها . وقانون المرافعات المدنية يتولى تحديد قواعد ممارسة محاكم القضاء المدنى لوظيفتها واجراءاتها ، فى حين يتولى قانون الاجراءات الجنائية تنظيم قواعد ممارسة محاكم القضاء الجنائى لوظيفتها واجراءاتها .

ونبين فى هذا الفصل ترتيب محاكم القضاء المدنى والجنائى وتشكيلات كل منهما المتخصصة .

الفـرع الأول

محاكم القضاء المدنى وتشكيلاته المتخصصة

١٧١ ـ أولا : ترتيب محاكم القضاء المدنى ـ درجتا التقاضى وتعدد المحـاكم :

يأخذ نظامنا القضائى ـ شأنه سائر الأنظمة المعاصرة ، بمبدأ التقاضى على درجتين . بمعنى أن الدعوى الواحدة يمكن نظرها مرتين ، الواحدة

تلو الأخرى ، أمام محكمتين مختلفتين ، الواحدة تعلو الأخرى ، ذلك وصولا الى العدالة وصحة الأحكام . ولذلك توجد محاكم للدرجة الأولى ، وأخرى للدرجة الثانية .

كما يأخذ نظامنا القضائى بمبدأ تعدد المحـــاكم ، حيث أنه من المستحيل على محكمة واحدة أن تباشر فى كل ربوع الدولة وظيفـــة القضاء وذلك التزاما من الدولة بتقريب جهات القضاء من المتقاضين . وهذا التعدد يكون رأسيا بتعدد طبقات المحاكم توجد فى قمته محكمـــة النقض مرورا بمحاكم الاستئناف فالمحاكم الابتدائية وفى قاعدته المحاكم الجزئية . كما أن التعدد يكون تعددا أفقيا أيضا ، بتعدد محـــاكم الطبقة الواحدة ، بحيث تنتشر وتتوزع هذه المحاكم على محافظات ، ومراكز أو أقسام الجمهورية ، حتى تكون قريبة من مواقع النزاع ومواطن المتقاضين ، ونبين كل ذلك فيما يلى :

١٧٢ ــ أ ـ محاكم الدرجة الأولى :

ويقصد بها المحاكم التى تنظر الدعاوى لأول مرة ، أى الدعاوى المبتدأة ، ولم ينظر المشرع هنا الى الدعاوى على أنها كلها من طبيعـــة واحدة ، وانما متفاوتة فى قيمتها وأهميتها ، فخصص محاكم لنظـــر الدعاوى القليلة القيمة أو الأقل أهمية هى المحاكم الجزئية ، وخصص محاكم أخرى هى المحاكم الابتدائية لنظر الدعاوى الأخرى الأكثر قيمـــة أو أهمية ، وهذه المحاكم بنوعيها تنظر الدعاوى للمرة الأولى .

١ ــ المحاكم الجزئية :

وهى أدنى طبقات المحاكم فى النظام القضائى ، وهى لذلك الأكثر عددا ، لأنها تنتشر ــ كقاعدة ــ فى كل مراكز أو أقسام الجمهورية تقريبا . وانشاء هذه المحاكم ، وتعيين مقارها ، وتحديد دائرة اختصاصها يكون بقرار من وزير العدل (م ١/١١ س . ق) . وأحكامها تصدر من قاضى فـــرد juge unique ينتدب من بين قضاة المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرة اختصاصها (م ١٤ س . ق) .

٢ ـ المحاكم الابتدائية :

وهى المحاكم التى يطلق عليها المحاكم الكلية ، لأنها صاحبة الاختصاص الكلى الشامل ، حيث أنها تختص بكل ما لا يدخل فى اختصاص المحاكم الجزئية (م ٤٧ مرافعات) وهى لذلك يطلق عليها قاضى الشريعة العامة juge de droit commun (٢) . وهى تتلو المحاكم الجزئية فتأتى صعودا فى ترتيب طبقات المحاكم فى الطبقة الثانية . وتوجد محكمة ابتدائية فى كل عاصمة من عواصم محافظات الجمهورية ـ تقريبا (٣) .

وتؤلف كل محكمة من عدد كاف من الرؤساء والقضاة ، ويندب (٤) لرياستها مستشار من محكمة الاستئناف التى تقع بدائرتها المحكمة الابتدائية أو أية محكمة استئناف أخرى تالية لها .

وتتكون كل محكمة من عدد كاف من الدوائر ، يرأس كل منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها ، أو أحد قضاة المحكمة عند الضرورة (م ٤/٩ س ٠ ق) . وتصدر المحكمة الابتدائية أحكامها من ثلاثة قضاة فى كل أحوال انعقادها سواء كانت ابتدائية أو كانت بهيئة استئنافية .

وتكون للمستشار رئيس المحكمة بصدور قرار ندبه ولاية القضاء فى هذه المحكمة الابتدائية ، برئاسته لأحد دوائرها ، كما أنه قاضى الأمور الوقتية بها (٥) .

---

(٢) فنسان وجونشار ، بند ١١٢ ، ص ١٥٤ . قارن أحمد مسلم ، والذى يعتبرها الخلية الأساسية من نظامنا القضائى .

(٣) حيث يوجد بعاصمة بعض المحافظات محكمتان ابتدائيتان ، مثل محافظة القاهرة التى يوجد بها محكمة جنوب القاهرة ، ومحكمة شمال القاهرة الابتدائيتين . ولم ينشأ بعد ببعض عواصم المحافظات محاكم ابتدائية مثل محافظات الوادى الجديد ومطروح والبحر الأحمر .

(٤) ويكون الندب بقرار من وزير العدل بعد أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى ولمدة سنة على الأكثر قابلة للتجديد (م ٣/٩ س ٠ ق) .

(٥) ويرى البعض أن هذا المستشار يمكنه القيام بعمل احدى المحاكم المخصصة (وهى المحاكم الجزئية) ، ولذلك يمكن أن يجلس قاضيا للأمور المستعجلة (وجدى راغب ـ مبادىء ص ٢٣٢) .

١٧٣ ـ ب ـ محاكم الدرجة الثانية :

وهى المحاكم التى تنظر الدعاوى للمرة الثانية ، أى التى سبق نظرها من محاكم الدرجة الأولى . وعلى ذلك فالأصل أن محاكم الدرجة الثانية لا تنظر فى دعاوى مبتدأة ترفع اليها للمرة الأولى ، الا اذا نص القانون على ذلك ، مثل دعاوى المخاصمة والرد ، فترفع الى محـــاكم الاستئناف أو محكمة النقض للمرة الأولى على تفصيل يرد بعد ذلك .

وتتمثل محاكم الدرجة الثانية فى نظامنا القضائى فى طبقتين همـــا :

١ ـ المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية :

تنعقد المحكمة الابتدائية فى نظامنا ، فى صورة محكمة للدرجـــة الأولى ، لتفصل فيما يرفع اليها من دعاوى مبتدأة . كما أنها تنعقـــد كمحكمة للدرجة الثانية ، أى بهيئة استئنافية ، تفصل فيما يرفع اليهـــا من طعون بالاستئناف عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التابعـــة لها ، متى كان الطعن فيها جائزا . ولم يغير المشرع فى تشـــكيل المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، فتصدر أحكامها من ثلاثة قضـــاة أيضـــا .

٢ ـ محاكم الاستئناف :

وهى المحاكم التى تفصل فيما يرفع اليها من طعون بالاستئناف عن الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الابتدائية بوصفها محاكم للدرجـة الأولى ، متى كان الطعن فيها جائزا .

وانشاء محاكم الاستئناف وتحديد أو تعديل دوائر اختصاصها لا يكون الا بقانون ، شأنها شأن المحاكم الابتدائية (م ١٠ س ٠ ق) . وتنعقد المحكمة فى مقرها أو خارجه بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف .

وأجاز المشرع نفســـه لوزير العـــدل بقرار منه بعد أخذ رأى الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف ، تأليف دائرة استئناف بصورة دائمـة فى أحد مراكز المحاكم الابتدائية (م ٦ س ٠ ق) .

وتؤلف محكمة الاستئناف من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والمستشارين .

وتصدر أحكامها من ثلاثة مستشارين .

وبعد أن كان فى مصر محكمة استئناف واحدة ، هى محكمة استئناف مصر ، أصبح الآن عددها ثمان محاكم للاستئناف ـ تقريبا للقضاء من المتقاضين ـ فى القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وفقا (م ١/٦ س . ق مستبدلة بالقانونين ٢ لسنة ٧٦ ، ٤٤ لسنة ٨١) .

١٧٤ ـ جـ : محكمة النقض **La Cour de cassation**

١ ـ حكمة انشائها :

ان من دواعى حسن ادارة العدالة وسير مرفق القضاء ، بمحاكمه المتعددة ، سيرا منتظما ، بفهم موحد لقواعد القانون وأحكامه ، أن يكون على رأس هذه المحاكم ، محكمة عليا واحدة ، تتولى مراقبة شرعية أحكام تلك المحاكم وعدالتها ، حتى اذا ما ثبت قضاء هذه المحكمة على رأى فى تفسير القانون أو تطبيقه ، أخذته عنها سائر المحاكم الأخرى واتبعته ، مجاراة لها وتفاديا من تعريض أحكامها للالغاء لرأى هذه المحكمة (٦) . والمحكمة الواحدة هذه هى محكمة النقض ، والتى تكون على قمة جهاز القضاء العادى فى الدولة ، والتى يرجع اليها قضاء المحاكم ، اعمالا لوظيفتها فى مراقبة قانونية الأحكام وتوحيد المبادىء القانونية التى تسير عليها المحاكم منعا لتضارب الأحكام (٧) . وهى لهذا لا تعد محكمة

---

(٦) محمد حامد فهمى ـ المرافعات المدنية والتجارية ـ بند ١٤ ص ١٥ ، ١٦ . أنظر كوستا ص ١٠٩ بند ٧٣ .

(٧) انظر سوليس وبيرو ـ جـ ١ ص ٦٠٠ ـ وما بعدها بند ٦٧٨ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧ محمد حامد فهمى الاشارة السابقة رمزى سيف ـ ص ٢١٤ ـ ٢١٥ بند ١٧٣ . محمود هاشم . مذكرات ـ المشار اليه ص ١٢ رءوف عبيد ـ مبادىء الاجراءات الجنائية ص ٤٨٥ .

للوقائع وانما محكمة للقانون ومن ثم فهى لا تعد درجة ثالثة للتقاضى (٨) ومقرها مدينة القاهرة .

٢ ــ تشكيلها :

تؤلف محكمة النقض من رئيس وعــــدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين . وبها دوائر لنظر المواد الجنائية ، وأخرى للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والمواد الأخرى . ويرأس كل دائرة فيهــا رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أقدم المستشارين بها عند الاقتضاء (م ١/٣ س . ق) .

وتصدر أحكامها من خمسة مستشارين (م ٢/٣ س . ق) .

أما الجمعية العامة لمحكمة النقض فتشكل من هيئتين كل منها من أحد عشر مستشارا ، يرأسها رئيس المحكمة أو أحد نوابه . احداهــا للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحــــوال الشخصية وغيرها (م ١/٤ س . ق) .

واذا رأت احدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانونى ، قررته أحكام سابقة ، أحالت الدعوى الى الهيئة المختصة للفصل فيها التى تصدر أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل . أما اذا رأت احــدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى ، أحالت الدعوى الى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيها بأغلبية أربعة عشر عضوا على الأقل (م ٢/٤ ، ٣ س . ق) .

واذا كانت وظيفة محكمة النقض تتمثل أساســا فى الاشراف على التطبيق السليم للقانون وتوحيد تفسيره ، منعا لتضارب الأحكام فيها ،

---

(٨) فتحى والى ــ الاشارة السابقة ــ ابراهيم نجيب ص ٤١٤ . محمد حامد فهمى ــ المرجع السابق ص ١٦١ بند ١٥٢ . عبد المنعم الشرقاوى ــ ص ١٢٨ . نبيل عمر ــ النظرية العامة للطعن بالنقض ١٩٨٠ ص ١٢ ــ ١٣ سوليس وبيرو ــ ج ١ ص ٦٠١ بند ٦٧٨ . موريل ص ١٠٤ رقم ١٠٠ . جارسونيه وسيزار برو ج ١ بند ١٥٦ ، وقارن أحمد مسلم ــ أصول ــ ص ١٠٢ وهامش (١) من نفس الصفحة . وانظر كوستا ــ الاشارة السابقة .

من خلال نظرها للطعون التى ترفع اليها عن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، وهو الأمر الذى استوجب أن تكون محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة وقائع ، فهى ليست درجة من درجات التقاضى وان كانت طبقة من طبقات المحاكم . ومن ثم فهى تحاكم الأحكام من الناحية القانونية وليس من ناحية الوقائع .

الا أن القانون اعتبرها محكمة وقائع ، فى حالات خاصة ، منها دعاوى رد ومخاصمة مستشارى محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف (م ١٦٤ – ٤٩٦ ، ٤٩٧ مرافعات) ، ودعاوى رجال القضاء والنيابة ، وحالات التصدى المقررة فى القانون .

ثانيا : تشكيلات القضاء المدنى المتخصصة (٩)

١٧٥ – تحديد :

ان القيام بوظيفة القضاء ، وممارستها ممارسة سليمة ، يتطلب فيمن يتولاها أن يكون على دراسة واسعة ، والمام تام بفروع القانون كافة . بجانب درايته العامة بفروع العلوم الأخرى . غير أن ذلك يشكل عبئا ثقيلا على القضاة ، وهو تكليف بما لا يستطاع . ومن هنا ظهرت الحاجة الى تخصص القضاة بعد مضى أربع سنوات من تعيينه (م ١٢ س . ق) . وساعد على ذلك الاتجاه العالمى نحو التخصص فى مختلف المجالات . ولهذا ظهرت فى نظامنا القضائى فى نطاق القضاء المدنى عدة تشكيلات متخصصة مثل المحاكم المتخصصة فى عدد من المسائل المدنية والتجارية . فضلا عن الدوائر المتخصصة فى مختلف المحاكم . وذلك على التفصيل الآتى :

١٧٦ – ١ – الدوائر المتخصصة :

رؤى أن انشاء دوائر متخصصة داخل المحكمة الواحدة ، من شأنه أن يكسب القضاة خبرة ومهارة وقدرة على البت فى المسائل التى

---

(٩) أنظر تفصيلا – محمود هاشم – قانون القضاء المدنى ، ط ١ ، جـ ١ ص ١٨١ وما بعدها .

يتخصصون فيها ، وهو ما يؤدى الى سرعة الفصل فيها . فبدلا من أن تنظر المحكمة الواحدة - بدائرة واحدة - كل ما يدخل فى اختصاصها من منازعات ، فيمكن تقسيم هذه المحكمة الى دوائر عدة ، تمارس كل دائرة منها نوعا من المنازعات التى تدخل فى اختصاص المحكمة التابعة لها . فتكون هناك دائرة لنظر دعاوى الايجارات وأخرى لدعاوى الملكية ، وثالثة للحيازة ، ورابعة لمسائل الأحوال الشخصية وهكذا . ولهذا نجد أن المشرع يجيز للجمعية العمومية للمحكمة أن تنشىء دوائر بها وتقوم بتوزيع العمل بينها . توزيعا داخليا بطبيعة الحال . وقد انتشرت فكرة الدوائر المتخصصة فى مختلف تشكيلات القضاء المدنى ، فتوجد هذه الدوائر فى المحاكم الابتدائية ، وكذلك فى محاكم الاستئناف ، وأيضا فى محكمة النقض ذاتها ، وتوجد أخيرا فى المحاكم الجزئية بالنسبة للدوائر التى تنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف . وجدير بالذكر أن الدائرة المتخصصة لا تشكل محكمة قائمة بذاتها داخل المحكمة ، وانما مجرد تنظيم لممارسة هذه المحكمة لوظيفتها .

١٧٧ - ٢ - المحاكم المتخصصة :

ذهب المشرع تأكيدا لفكرة التخصص - بأبعد من مجرد انشاء دوائر متخصصة داخل المحكمة الواحدة ، وأنشأ محاكم قائمة بذاتها خصها بنظر نوع معين من المنازعات ، على أن هذه المحاكم المتخصصة قاصرة فى نظامنا القضائى على المحاكم الجزئية (١٠) فلم نعرف بعد محاكم ابتدائية متخصصة . والمنازعات التى تنظرها المحكمة المتخصصة تخرج عن اختصاص المحاكم العامة فى دائرة اختصاصها .. وهذا ما يميز المحكمة المتخصصة عن الدائرة المتخصصة . لأن توزيع القضايا التى تدخل فى اختصاص محكمة من المحاكم على دوائرها المتخصصة لا يعدو أن يكون توزيعا داخليا ، فهو ليس توزيعا بحيث تختص كل دائرة بقضايا محددة ، ولا تختص بغيرها . ولا تختص بهذه القضايا دائرة أخرى داخل المحكمة . وانما يجوز دائما - والاختصاص منعقد للمحكمة بكل دوائرها -

---

(١٠) فتحى والى - الوسيط ص ٢٥٢ بند ١٣٩ . أحمد مسلم . بند ١٢١ ص ١١٢ .

توزيع قضايا دائرة معينة ، على دائرة أخرى داخل المحكمة دون امكانية الدفع بعدم اختصاص الدائرة . وتمارس وظيفة القضاء باسم المحكمة (١١) وليس باسم الدائرة . ويكون الأمر كذلك ولو كان تخصيص الدائرة قد تم بمقتضى القانون (١٢) . أما بالنسبة للمحاكم المتخصصة فالأمر مختلف ، اذ أن تخصيصها بنظر نوع معين من المنازعات يعد توزيعا نوعيا للاختصاص ، بحيث لا يجوز لهذه المحكمة أن تنظر فى غير هذا النوع من المنازعات ، كما لا يجوز لمحكمة أخرى فى دائرة اختصاص المحكمة المتخصصة أن تنظر فى المنازعات التى تدخل فى اختصاص المحكمة الأخيرة (١٣) .

والمحاكم المتخصصة قد تنشأ بقرار من وزير العدل ، أو بنص قانونى :

ـ المحاكم المتخصصة المنشأة بقرار من وزير العدل :

يرخص قانون السلطة القضائية لوزير العدل بقرار منه بعد موافقة الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية ، سلطة انشاء محاكم جزئية يخصها بنظر نوع معين من المنازعات بشرط أن يبين فى القرار مقر كل محكمة ودائرة اختصاصها (م ١٣ س . ق) . واعمالا لهذه الرخصة المخولة لوزير العدل ، فقد أنشأ عدة محاكم متخصصة منها :

ـ المحاكم الجزئية التجارية :

رأينا أن نظامنا القضائى لم يقم على الفصل النوعى للقضاء بين المسائل المدنية والتجارية ، وانما جعل المحكمة المدنية ، جزئية كانت أم

---

(١١) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٥٤ . أحمد مسلم الاشارة السابقة . نقض ١٩٦٢/١٢/١٣ س ١٢ ص ١١٤٠ .

(١٢) كما هو الحال بالنسبة لدوائر الأحوال الشخصية المشكلة وفقا لنص المادة الرابعة من قانون الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية . أنظر فتحى والى ـ الاشارة السابقة . ونقض ١٩٧٥/٢/١٢ لسنة ٢٦ ق ص ٣٦٤ .

(١٣) أنظر فى الفروق بين الدائرة والمحكمة الدكتور فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥ .

ابتدائية تفصل فى كافة المسائل المدنية أو التجارية بغير تفرقة (١٤) .
الا أن وزير العدل قد أصدر فى سنة ١٩٤٠ قرارين ـ اعمالا لسلطته .
بانشاء محكمتين جزئيتين تجاريتين فى دائرتى محكمتى القاهرة والاسكندرية الابتدائيتين ، وعلى ذلك فان جميع الدعاوى التجارية الجزئية التى يمكن رفعها أمام أية محكمة جزئية فى دائرة اختصاص محكمة القاهرة أو الاسكندرية الابتدائيتين ، يجب رفعها فقط أمام المحكمة التجارية الجزئية والتى لا تختص الا بهذه المسائل .

ـ محاكم شئون العمال :

واعمالا أيضا لسلطة وزير العدل فى انشاء محاكم متخصصة قام باصدار عدة قرارات بانشاء عدة محاكم جزئية عمالية فى بعض المدن الهامة . مثل محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة فى سنة ١٩٥٣ ، وكذلك المحكمة العمالية بالاسكندرية ، وبورسعيد وبنها (١٥) .

*** المحاكم المتخصصة التى أنشأها المشرع :**

وتستند هذه المحاكم فى انشائها الى نص تشريعى . وأهمها :

ـ محاكم الأمور المستعجلة :

تنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت » من هذا يتضح أن القانون قد أنشأ فى مقر كل محكمة ابتدائية ، محكمة

---

(١٤) أنظر ما قيل به فى تأييد القضاء التجارى المتميز سوليس وبيرو ـ حـ ١ بند ٦٢٠ .

(١٥) أنظر عبد الباسط جميعى ـ نظرية الاختصاص ص ٢٠١ . أحمد مسلم ـ أصول ص ١١٣ .

جزئية متخصصة للنظر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت (١٦) .

- قاضى التنفيذ :

تأكيدا لاشراف القضاء الكامل على اجراءات التنفيذ الجبرى ، وجمعا لشتات المسائل المتعلقة به فى يد قاض واحد ، قريب من محل التنفيذ ، استحدث المشرع ما يعرف بقاضى التنفيذ ، وهى محكمة جزئية يندب لها قاضى فرد من بين قضاة المحكمة الابتدائية ، وتختص بالفصل فى كل منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها (١٧) .

---

(١٦) وذلك اذا رفعت كدعوى مبتدأة . أما اذا رفعت الدعوى المستعجلة بطريق التبعية للدعوى الموضوعية فيختص بها هنا المحكمة الموضوعية المرفوع اليها الدعوى الأصلية (راجع المادة ٤٥ مرافعات) . أنظر أحمد مسلم . ص ١١٧ - ١١٩ .

(١٧) أنظر المادة ٢٧٥ مرافعات والمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد وانظر دراسة تفصيلية فى ذلك مؤلفنا فى القواعد العامة للتنفيذ القضائى ص ٢١٤ وما بعدها . عزمى عبد الفتاح رسالة - نظام قاضى التنفيذ في القانون المصرى المقارن - طبعة سنة ١٩٧٨ .

الفـــرع الثـــانى

ترتيب القضاء الجنائى وتشكيلاته المتخصصة

أولا : ترتيب القضاء الجنائى

١٧٨ - محاكم القضاء الجنائى وترتيبها :

ذهب المشرع ، اعمالا لفكرة التخصص ، وضرورتها بالنســـــبة للقضاة - الى حد انشاء قضاء متكامل ، له قانونه الذى ينظمه ، وعـــدد قواعد ممارسة نشاطه واجراءاتها ، ليفصل فى المواد الجنائية . وهـــذا القضاء هو ما يطلق عليه « القضاء الجنائى » ، وقانونه المنظم له هو « قانون الاجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وتعديلاته » .

ولا يعد هذا القضاء - رغم تميزه - جهة قضاء مستقلة عن جهـــة القضاء العادى ، وانما هو جزء منها ، أو تشكيل متخصص من تشكيلاتها . اعتبارا بأن الفصل فى المواد الجنائية يدخل - كقاعدة - فى ولاية القضاء العادى ، وتمارسه المحاكم التى ذكرناها عند الحديث عن القضــــاء المدنى ، وان سميت بأسماء مختلفة تلائم طبيعة المواد والمسائل التى تفصل فيها .

والجرائم فى قانون العقوبات هى المخالفات والجنح والجنايات · وأن النوعين الأولين هما أقل خطورة من الثالث ، فان المشرع توزيعـه للاختصاص قد راعى ذلك ، وأسند الفصل فى الجنح والمخالفـــات لمحاكم الجنح وهى محاكم جزئية . وتستأنف أحكامها أمام محاكم الجنح المستأنفة وهى محاكم ابتدائية · أما الجنايات فقد أسند الاختصاص بها لمحاكم الجنايات وهى تعادل محاكم الاستئناف ، وبالتالى فالفصـــل فيها يكون على درجة واحدة ، حيث أنها أحكام المحاكم الجنائيـــة لا تستأنف . وانما تقبل الطعن فيها فحسب للنقض . وذلك على التفصيل الآتى :

١ ـ محاكم الجنح :

وهى ذاتها المحاكم الجزئية منعقدة كمحكمة جنائية ، وهى لذلك توجد فى كل قسم او مركز من أقسام أو مراكز الجمهورية ، وتفصل فى كل ما يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة عدا الجنح التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد (م ٢١٥ اجراءات جنائية) . وتصدر أحكامها من قاض فرد ، ويحضر جلساتها وجوبا أحد أعضاء النيابة العامة ، باعتباره ممثلا للاتهام .

٢ ـ محاكم الجنح المستأنفة :

وهى عبارة عن دوائر استئنافية تشكل كل منها من ثلاثة قضاة من بين قضاة المحاكم الابتدائية . وتعقد هذه الدوائر جلساتها فى مقر المحكمة الابتدائية أو خارجه بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة ، وتفصل استئنافيا فى الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية (محاكم الجنح) ومن هنا يتضح أن التقاضى فى مواد الجنح والمخالفات على درجتين .

٣ ـ محاكم الجنايات :

شاء المشرع المصرى أن يجعل التقاضى فى مواد الجنايات والجنح التى تقع على غير الأفراد بطريق النشر ، على درجة واحدة ، فأدخلها فى اختصاص محاكم الجنايات (م ٢١٤ / ٢١٥ أ ج) . ومحكمة الجنايات هى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف . اذ تشكل فى كل محكمة استئناف محكمة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات ، وتؤلف كل منها من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف . ويرأس محكمة الجنايات رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أحد رؤساء الدوائر وعند الضرورة يجوز أن يرأسها أحد المستشارين بها (م ٧ س . ق) .

وتنعقد محكمة الجنايات فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، وتشمل دائرة اختصاصها ما تشمله دائرة المحكمة الابتدائية . كما يجوز أن تنعقد فى أى مكان آخر .. بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف (م ٨ س . ق) .

وأحكام محاكم الجنايات لا تقبل الاستئناف ، بطبيعة الحال ، وانما يمكن الطعن فيها بطريق النقض ، اذا توافر سبب من الأسباب التى تبرر الطعن بالنقض .

٤ ـ محكمة النقض :

وقد رأينا أن بها دوائر لنظر المواد الجنائية ، وبها هيئة عامة للمواد الجنائية مكونة من أحد عشر مستشارا يرأسها رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه .

ثانيا : تشكيلات القضاء الجنائى المتخصصة

١٧٩ ـ وبالرغم من أن القضاء الجنائى ، وعلى ما رأينا ، قضاء متخصص مشتق من القضاء العادى ، الا أن المشرع قد ذهب الى أبعد من فكرة التخصص بمعناها العام ، وأنشأ فى نطاق القضاء الجنائى محاكم أكثر تخصصا ، للفصل فى بعض الجرائم ، وأجاز أيضا لوزير العدل أن ينشىء ـ بقرار منه ـ محاكم جزئية ويخصها بنظر نوع معين من المنازعات .

ومن المحاكم الجنائية المتخصصة فى نظامنا ، محاكم الأحداث التى أوجب المشرع تشكيل محكمة أو أكثر منها فى مقر كل محافظة (م ٢٧ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤) (١٨) . ومحكمة الشئون المالية والتجارية .

---

(١٨) أنظر فى تشكيل هذه المحاكم واختصاصها . رءوف عبيد ـ مبادىء الاجراءات الجنائية ١٩٧٨ ، ص ٤٧٧ ـ ٤٧٨ .

المطلب الثـــانى

القضـــاء الادارى

١٨٠ ـ تعـــريفه :

هو جهة القضاء العامة التى تفصل فى المسائل الادارية والتأديبيـة كافة ، الا ما خرج من ولايتها بنص خاص .

ومن المفيد أن نبدأ بتحديد كيفية نشأة هذه الجهة فى النظام المصرى ثم بعد ذلك نتحدث عن تشكيلها وتشكيلاتها .

الفـــــرع الأول

نشـــــأة القضـــاء الادارى

١٨١ ـ الأصل التاريخى لنشأة القضاء الادارى المصرى :

اذا أردنا تحديد هذا الأصل التاريخى ، فعلينا أن نبدأ بتحـــديد هذه الجهة فى النظام القضائى الاسلامى ، ثم فى الأنظمــــــــة المعـــــاصرة .

١ ـ القضاء الادارى (قضاء المظالم) فى النظام الاسلامى :

من المعلوم أن القضاء فى النظام الاسلامى هو « تبيين الحكم الشرعى والالزام به وفصل الخصومات » (١٩) . وأن ولاية القضاء معقودة للامام

---

(١٩) أنظر تفصيلا مؤلفنا ـ النظام القضائى الاسلامى ـ دار الفكر العربى ١٩٨٤ ، ص ٢٠ ومؤلفنا ـ القضاء ونظام الاثبات ـ ط أولى ـ ١٩٨٨ ـ عمادة شئون المكتبات بجامعة الملك سعود ص ١٠ وما أشرنا فيهمـــا من مراجع .

بغير خلاف ، يتولاها بنفسه أو يوليها غيره نيابة عنه · فجلس الرسول صلى الله عليه وسلم للقضاء ، وعهد به الى غيره ضمن توليتهم الشئون العامة ، وتبعه فى ذلك الخلفاء ، فباشروه بأنفسهم ، وعهدوا به الى غيرهم ، فعينوا القضاة من بين من توافرت فيهم شروط القضاء . وأولوهم الفصل فى المسائل كافة ، واحتفظ الولاة لانفسهم بنظر المظالم (٢٠) .

واذا كانت ولاية القضاء قد وجدت لتحقيق العدل ورفع الظلم فان ولاية المظالم قد وجدت لتحقيق الهدف نفسه ، ولذلك تدخل ولاية المظالم بحسب أصولها فى القضاء ، الا انها رغم ذلك صورت على أنها أعلى سلطة من القضاء ، فهى تهدف الى وقف تعدى ذوى الجاه والسلطان ، وكبح جماحهم ورد مظالمهم ، والنظر فى كل ما يعجز القاضى عنه (٢١) ومتوليها ينظر فى مظالم الناس من القضاة والولاة والجباة والحكام والأمراء والوزراء (٢٢) . ولذلك فلا يتولاها الا من كان يجمع بين « سطوة السلطان ونصفة القضاء » ، أى من كان « جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، ظاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع » (٢٣) .

والمتأمل فى المسائل التى تدخل فى ولاية المظالم يجدها تندرج جميعا فيما نسميه اليوم « المنازعات الادارية والتأديبية » والتى تفصل فيها الأنظمة المعاصرة جهة قضاء عامة هى جهة القضاء الادارى · الأمر الذى يدعونا الى القول بأن الفقه الاسلامى هو أول من أنشأ للمنازعات الادارية قضاء متخصصا هو ديوان المظالم (٢٤) .

---

(٢٠) محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٢٠ ، ٣٠ ، النظام القضائى ص ٦٢ وما بعدها ·

(٢١) محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٣١ ، النظام القضائى ص ٩٠ ·

(٢٢) أنظر فى اختصاصات قاضى المظالم ، الماوردى - الأحكام السلطانية ص ٨٠ - ٨٣ ·

(٢٣) أنظر المراجع التى أشرنا اليها فى كتاب القضاء ونظام الاثبات ص ٣١ هامش ٦ ·

(٢٤) مؤلفنا فى النظام القضائى ، ص ١٠١ ·

٢ ـ القضاء الادارى فى الأنظمة المعاصرة :

أصبح من المسلم به أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ سـيادة القانون ، وهو ما يعرف « بمبدأ الشرعية Principe de la légalité »(٢٥) والذى مؤداه خضوع الدولة فى كل تصرفاتها وأعمالها للقانون . ولم يكن غريبا وقد غدا هذا المبدأ من المبادىء الأصولية فى الفكر السياسى ، أن ينص الدستور المصرى على أن « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة » (المادة ٦٤ من الدستور) ، وأن « تخضع الدولة للقانون .. » (المادة ٦٥من الدستور)، « ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء » (م ١/٦٨ من الدستور) .

الا ان تقرير هذا المبدأ ، والنص عليه فى الدستور ، يصبح ولا قيمة له ، اذا لم يكفل المشرع وسيلة فعالة لرقابة تصرفات الادارة ، بايجاد سلطة قادرة على التحقق من سلامة تصرفات الادارة ورقابة مدى مطابقتها للقـانون .

وقد ترددت الدول المختلفة حول أسلوبين لرقابة الادارة ، يتمثـل الأول فى الرقابة الادارية le contrôle admindistratif بمعنى قيـام الادارة بنفسها بمراقبة تصرفاتها ، عن طريق اباحة التظلم من قراراتها أمام الجهات مصدرة القرارات أو الجهات الرقابية أو حتى الى لجنـة خاصة . أما الثانى فيتمثل فى الرقابة القضائية le contrôle Juridictionnel بمعنى قيام القضاء فى الدولة برقابة تصرفات الادارة .

ولما لم يكن من الممكن ان تحقق الرقابة الادارية الهدف المنشود منها من ضمان تحقيق مبدأ الشرعية أو سيادة القانون ، نظرا لاعتبـارات متعددة (٢٦) . فقد اخذت معظم الدول بأسلوب الرقابة القضائية . ومع

---

(٢٥) أنظر فى هذا المبدأ . محمود حافظ ـ القضاء الادارى ١٩٦٧ ص ١٩ وما بعدها . فؤاد العطار ـ القضاء الادارى ص ١٨ وما بعدها . سليمان الطماوى ـ الوجيز فى القضاء الادارى ١٩٧٢ ص ١٣ وما بعدها .

(٢٦) أنظر فى صور الرقابة الادارية وعيوبها . سليمان الطماوى ـ ص ١٦ ـ ١٧ بند ٣ . محمود حافظ ـ ص ٧٠ وما بعدها . فؤاد العطار ص ٧٣ وما بعدها .

اتفاق هذه الدول على الأخذ بهذا الأسلوب من الرقابة ، فانها اختلفت فيما بينها حول اسناد هذه السلطة وهل الى القضاء العادى ، أو الى قضاء آخر تقوم بانشائه لهذا الغرض .

ـ فذهبت الدول الانجلو سكسونية الى اسناد رقابة تصرفات الادارة الى القضاء العادى باعتباره حاميا للحريات ، اذ أن هذا القضاء لا يخضع فى وظيفته الا للقانون ، ومن ثم فسوف يباشر سلطته فى الرقابة بلا خوف من الادارة التى لا سلطان لها عليه . فضلا عن أن هذا الأسلوب يتفق ومبدأ الفصل بين السلطات ، والذى يوجب أن يستقل القضاء بالفصل فى المنازعات والقضايا أيا كان نوعها .

ـ ذهبت أغلب الدول الى ضرورة اسناد رقابة تصرفات الادارة الى محاكم معينة تنشأ لهذا الغرض ، وبالتالى ليس للقضاء العادى من سلطة فى رقابة الادارة الا فى الحدود المقررة فى القانون . ومرجع هذا الاتجاه التفسير الخاطىء لمفهوم مبدأ الفصل بين السلطات والذى اعتنقته الثورة الفرنسية ، والذى مؤداه أن القضاء وهو سلطة مستقلة لا يجب أن يحكم فى قضايا الادارة حتى لا يتدخل فى عملها ، فضلا عن الاعتبارات التاريخية الخاصة التى أدت الى انشاء المحاكم الادارية فى فرنسا ، والتى تتلخص فيما اعتقده رجال الثورة الفرنسية أن المحاكم العادية كثيرا ما تقف فى وجه كل اصلاح يراد ادخاله على أجهزة الادارة (٢٧) .

ولكن سرعان ما ثبتت صلاحية انشاء محاكم مخصصة لنظر المنازعات الادارية ، فقد تناسب المحاكم الادارية الفرنسية أصل نشأتها ، والاعتبارات التى أدت الى انشائها ، وقضت فى العديد من أحكامها ، بقضاء مستنير متطور الى أن أصبحت حصنا للأفراد وملاذا لهم ضد عسف

---

(٢٧) أنظر فى أساس نشأة القضاء الادارى فى فرنسا . سليمان الطماوى ص ١٨ . عثمان خليل ـ القانون الادارى الكتاب الثانى ١٩٥٠ ص ٥ وما بعدها . محمود حافظ ـ المرجع السابق ص ١٠٣ وما بعدها . فؤاد العطار ص ١٧٧ وما بعدها .

الادارة وتصرفاتها (٢٨) ولهذا أخذت العديد من دول العالم بهذا النظام لا على أساس هذا التفسير الخاطىء لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولكن على أساس ضرورة تخصص القضاء فى أقضية الادارة والتى تتميز بأن العامل الرئيسى فيها لا يتمثل فحسب فى البحث عن الحكم السليم للقانون ، وانما فى ايجاد نقطة توازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة ، الأمر الذى يستلزم ضرورة الالمام بالقانون والاحاطة التامة بمستلزمات حسن الادارة فيمن يجلس للقضاء الادارى (٢٩) .

وقد أخذ المشرع المصرى بما أخذه المشرع الفرنسى من ضرورة تخصيص قضاء مستقل لنظر المنازعات الادارية ، وأنشأ على غرار مجلس الدولة الفرنسى ، مجلسا للدولة فى مصر ، وكان ذلك بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ . ويحكم القضاء الادارى ترتيبا وتشكيلا باجراءات ، قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

١٨٢ ـ تشكيله وولايته :

يشكل مجلس الدولة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين وغيرهم ، والقضاء الادارى هو القسم القضائى من بين أقسام مجلس الدولة . ويتكون هذا القسم من المحكمة الادارية العليا ، محكمة القضاء الادارى ، المحاكم الادارية والمحاكم التأديبية ثم هيئة مفوض مجلس الدولة . (م ٣ من قانون المجلس) .

وكان طبيعيا أن تكون ولاية القضاء الادارى ـ الذى أنشىء حديثا ـ ولاية محدودة ببعض المسائل التى يحددها قانونه ، لكى يظل القضاء العادى الجهة العامة فى القيام بوظيفة القضاء . وهكذا تولت القوانين المتعاقبة المنظمة للمجلس تحديد هذه الولاية تحديدا حصريا (٣٠)

---

(٢٨) سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ص ١٨ .

(٢٩) سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ص ١٩ .

(٣٠) اذا كانت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة تحدد ما يدخل فى اختصاص مجلس الدولة من مسائل ادارية على سبيل الحصر ، وكانت تشاركه الاختصاص فى بعض المنازعات الادارية جهة المحاكم مثل التعويض

ولكن الأمر لم يعد كذلك بدءا من صدور الدستور المصرى فى سنة ١٩٧١ ثم قانون مجلس الدولة الجديد ، اذ نص الدستور المصرى ولأول مرة على أن مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل فى المنازعات الادارية ، وفى الدعاوى التأديبية ، كما صدر التشريع المنظم للمجلس بعد ذلك ، ونص اعمالا للنص الدستورى على المسائل التى يختص بها قضائيا فى المادة العاشرة منه ، ثم أطلق هذا الاختصاص بالنسبة لسائر المنازعات الادارية (١٠/فقرة أخيرة) ليصبح القضاء الادارى هو الآخر جهة قضاء ذا ولاية عامة فى نظر المنازعات الادارية كافة (٣١) سواء كانت ناشئة عن عقود ادارية أو قرارات ادارية صادرة عن جهات الادارة ، أو عن الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى الا ما يخرجه القانون بنص خاص ليدخله في ولاية القضاء العادى مثل التعويض عن قرارات الهدم (٣٢) . وبذلك يصبح مجلس الدولة - كهيئة قضائية - قاضى القانون العام بالنسبة للمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية كافة . غير أن ذلك لا يعنى غل يد المشرع العادى عن اسناد الفصل فى بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى اذا اقتضى ذلك الصالح العام ، اعمالا للتفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصها (٣٣) .

ونكتفى بهذا القدر من الحديث عن القضاء الادارى ، تاركين التفاصيل للمؤلفات العامة فى فقه القانون العام .

= عن القرارات الادارية ، وتلك المتعلقة بالعقود الادارية ،ثم دخلت هذه المنازعات فى اختصاص مجلس الدولة بعد ذلك فى ظل قانونى المجلس ١٦٥ لسنة ١٩٥٦ ، ٥٥ لسنة ١٩٥٩ . ثم أصبح يختص المجلس بجميع المنازعات الادارية الغاء وتعويضا باستثناء التظلم من القرارات الادارية المتعلقة برجال القضاء والنيابة ، وكذلك القرارات الصادرة من هيئات التحكيم والتوفيق فى منازعات العمل ، وقرارات لجان قبول المحامين .

(٣١) أنظر فتحى والى - قانون القضاء المدنى - ص ٣٨٣ . ابراهيم سعد - ص ٣٥٥ .

(٣٢) نقض ١٩٨٢/٣/٤ الطعن ٨٥٥ لسنة ٤٨ ق ، نقض ١٩٨٢/٣/٤ فى الطعن ١٦٢٩ لسنة ٤٨ ق .

(٣٣) دستورية عليا ١٩٨٤/٦/١٦ ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، ١٩٨٧ - ج ٣ - ص ٨٠ رقم ١٤

المبحث الثـــــانى

الجهات القضائية المحدودة الولاية

١٨٣ ـ تحـــديد وتقســـيم :

من المشاهد فى الأنظمة القضائية المعاصرة ، وجود جهات قضـــــاء محددة ، تمارس قدرا من ولاية قضاء الدولة ، وذلك بجانبى جهتى القضاء العادى والادارى . يطلق الفقه على هذه الجهات اصطلاح « محاكم خاصة أو استثنائية » .

الا أن وجود هذه المحاكم أو تلك الجهات فى نظامنا القضائى ، كثيرا ما أثار الشكوك حول مشروعيتها ، ودستورية وجودها . لما رآه البعض من أن وجودها ينطوى على افتئات على سلطة القضـــــــاء العادى ، والاخلال بمبدأ المســـاواة بين المواطنين ، الأمر الذى أدى بالبعض الى المطالبة بالغاء تلك المحاكم الاستثنائية (٣٤) .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع وحساسيته ، فاننا نعرض له حتى نقف على حقيقة وجوده ومدى شرعيته ، ثم نحدد بعد ذلك لأهم جهـــــات القضاء المحدود الولاية فى نظامنا .

المطلب الأول

المحاكم الخاصـــة ومدى مشروعيتها

١٨٤ ـ تعريف المحاكم الخاصة أو الاستثنائية :

ليس من السهل وضع تعريف محدد لهذه المحاكم ، اذ لو قلنا أنها المحاكم غير العادية ، بالمقابلة بينها وبين المحاكم العادية ، فانه يجب علينا الاجابة على سؤال آخر مؤداه : متى تعتبر المحكمة عادية ومتى لا تعتبر

---

(٣٤) فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستورى ، النهضة العربية ١٩٧٤ ، ص ٢٩٥ .

كذلك ؟ ويسلم الفقه فى عمومه بهذه الصعوبة (٣٥) . وان كان لا يقف عند مجرد تقرير هذه الحقيقة ، بل يحاول جاهدا أن يظهر الدلائل على وجود هذه المحاكم الخاصة ، مستعينا فى ذلك بعدة معايير تساعده على التعرف على المحاكم الخاصة أو الاستثنائية ، نعرض لأهمها فيما يأتى :

ـ المحاكم العادية ، هى تلك المحاكم صاحبة الاختصاص غير المحدود بالفصل فى جميع المسائل والدعاوى الا ما خرج منها بنصوص خاصة . أما المحاكم الخاصة أو الاستثنائية فهى صاحبة الاختصاص المحدود ببعض المنازعات لحماية مصالح خاصة ، أو تتعلق بطائفة معينة من الأشخاص (٣٦) .

ولكن هذا المعيار لا يصلح لاقامة التفرقة فى هذا الخصوص ، اذ يدخل فى القضاء الخاص أو الاستثنائى محاكم لا جدال فى أنها محاكم عادية بالرغم من اختصاصها المحدود ببعض المنازعات ، مثل المحاكم الجزئية المتخصصة ، التجارية أو العمالية ، الأمور المستعجلة وغيرها ، وكذلك مجلس الدولة الذى يفصل فى المسائل الادارية وحدها (٣٧) .

ـ تتبع المحاكم العادية فى ممارسة وظيفتها عادة اجراءات أكثر تعقيدا من تلك التى تتبعها المحاكم الخاصة . الا أن هذا المعيار بدوره لا يصلح للتمييز بين نوعى المحاكم ، اذ أن المحاكم العادية قد تتبع فى ممارسة وظيفتها اجراءات مبسطة للغاية كتلك المحددة لاستصدار أوامر الأداء (٣٨) .

---

(٣٥) أوجوروكو ـ المطول ـ ج ١ ص ٨٩ . محمد عبد الخالق عمر ـ قانون المرافعات ص ٣٨ .

(٣٦) زانزوكى ـ ج ١ بند ١٥ ص ١٦ ـ ١٧ . أوجوروكو ـ الاشارة السابقة . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٣٢. عبد الخالق عمر ـ المرجع السابق ـ ص ٣٨ رءوف عبيد ـ مبادىء الاجراءات الجنائية ١٩٧٨ ص ٤٧٢ .

(٣٧) مع ملاحظة أن الفقه الايطالى يدخل القضاء الادارى ضمن القضاء الخاص . أنظر زانزوكى ج ١ ص ١٨ وما بعدها ، وقارن كوستا ـ ص ١١٣ .

(٣٨) محمد عبد الخالق عمر ـ ص ٤٠ .

– ومن ناحية ثالثة فان المحاكم العادية تشكل دائما من قضـــاة متخصصين فى القانون ، لا يمارسون عمـــلا آخر غير وظيفة القضاء فى حين أن المحاكم الخاصة أو الاستثنائية قد تشكل كليـــا أو جزئيا من عناصر غير قضائية ، من ذوى الخبرات المختلفة . الا أن هذا المعيار أيضا لا يفصل فصلا تاما بين المحاكم العادية والمحاكم غير العادية ، اذ أنه قد توجد محاكم عادية ومع ذلك يدخل فى تشكيلها عنصر غير قضائى مثل المحكمة الابتدائية فى نظامنا عندما تنظر طعنا فى قرار لجنة تقدير الايجارات (م ٢٠ من قانون ايجار الأماكن) .

نخلص مما تقدم الى أن الأخذ بمعيار واحد من المعايير السابقـــة لا يكفى للتمييز بين المحاكم العادية والمحاكم غير العادية (الخاصـــة أو الاستثنائية) ، وانما هى مجرد دلائل معينة تعين البـــاحث على التعرف على المحاكم الخاصة . وبدءا من هذه الحقيقة ، فاننا نرى أن المحاكم الخاصة أو الاستثنائية هى تلك المحاكم ذات الاختصاص المحدود والتى يدخل فى تشكيلها عنصرا غير قضائى ، بالاضافة الى أنها تمارس وظيفتها باجراءات قد تختلف عن اجراءات التقاضى العادية ، وأن هـــذه المحاكم لا تمثل تشكيلا من تشـــــكيلات القضاء العادى ولا مكونا من مكوناته (٣٩) .

١٨٥ – م – ثانيا – أهمية التمييز بين المحاكم العادية والمحـــاكم الاستثنائية :

تظهر هذه الأهمية فيما يلى :

– يرى البعض (٤٠) أن المحكمة العادية هى الجهة العامة فى تولى وظيفة القضاء فى الدولة ، بعكس المحكمة الاستثنائية فانها جهة قضاء

---

(٣٩) أنظر اجوروكو – المرجع السابق ص ٨٩ .

(٤٠) أوجوروكو – ص ٨٩ – ٩٠ بند ٥ ، زانزوكى ص ١٩ – ٢٠ بند ١٦ . ساتا بند ٣ ص ١١ ، سوليس وبيرو – بند ٥٢٠ ، جـ ١ ص ٤٨٦ فتحى والى ص٢٣٣ وانظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣ المجموعة س ١٧ ص ٥٤٦ – ٥٤٩ ، ونقض ١٩٧٥/١٢/٣١ – المجموعة س ٢٦ ص ١٧٧٥ .

محدودة بما يدخل فى ولايتها ، ولا تكون جهة قضاء خارج هذا النطاق ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر من المحكمة العادية خارج ولايتها ، يظل له - رغم ذلك - صفة الحكم ، وبالتالى له حجية الأمر المقضى ، بعكس الحكم الصادر من محكمة خاصة خارج ولايتها ، فلا يصدق عليه وصف الحكم ، فهو والعدم سواء ، ولا يحوز أية حجية . الا أننا لا نوافق على هذه النتيجة . اذ أن الحكم اذا كان صادرا من المحكمة أيا كانت ، خارج ولايتها ، يكون معدوم الحجية أمام محاكم الجهة ذات الولاية ، والتى يجوز لها ، من ثم ، اهداره واصدار حكم جديد فى الموضوع الذى صدر فيه الحكم الأول المعدوم (٤١) .

- ان تفسير النصوص المحددة لولاية المحاكم الخاصة يجب أن يكون تفسيرا ضيقا ، لأنها نصوص ترد على خلاف الأصل (٤٢) .

١٨٦ - ثالثا - شرعية المحاكم الخاصة أو الاستثنائية :

رأينا أن المشرع فى كثير من الدول يقوم بانشاء محاكم خاصة ، لتفصل فى مسائل محددة ، مثل القضاء العسكرى ، وغير ذلك من المحاكم الخاصة وسند المشرع فى انشاء هذه المحاكم هو ما تنص عليه الدساتير غالبا من أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها .. ، وأن القانون هو الذى يحدد الهيئات

---

(٤١) وهذا هو الرأى السائد فى الفقه المصرى . أبو هيف - ص ٤٠١ - ٤٠٢ بند ٥٣٧ . محمد حامد فهمى بند ٢٩٦ . عبد الفتاح السيد بند ٢٦٥ . عبد المنعم الشرقاوى بند ١٨٩ ص ٢٨٨ . أبو الوفا - نظرية الأحكام بند ١٣٧ ص ٣٤٠ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ بند ٢٨٠ عبد الباسط جميعى - مبادىء المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ١٦ - ١٧ عبد الرزاق السنهورى - الوجيز فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام ١٩٦٦ ص ٧٢٩ اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٥١٥ .

(٤٢) فتحى والى - الوسيط ص ٢٣٤ . فؤاد العطار ص ٢٩٨

القضائية واختصاصها وكيفية تشـــكيلها (٤٣) الا أن البعض (٤٤) يشكك فى اسناد هذا الحق الى المشرع وبالتـــالى يشكك فى شرعية ، وجود المحاكم الخاصة التى ينشئها . ونقطة البـــدء عند أنصـــار هذا الرأى هو مبدأ دستورية القوانين ، اذ أن الدستور هو الذى ينظم السلطات الأساسية فى الدولة ويحدد اختصاصها ، وأن مبدأ الفصـــل بين السلطات يقضى بأن تستقل كل سلطة فى مزاولة اختصاصهـــا ، ولا تباشر اختصاصا يدخل فى نطاق اختصـــاص سلطة أخرى الا بنـاء على نص فى الدستور . ويترتب على ذلك انفراد الســلطة القضائيـــة بالوظيفة القضائية فى الدولة . وأنه لا يجوز انشاء محكمة خاصة الا اذا وجد نص يجيزها فى الدستور .

ومؤدى الأخذ بمبدأ دستورية القوانين هو اجبـــار الســـلطتين التشريعية والتنفيذية على احترام اختصاصاتها المحددة فى الدســتور ، ويتم ذلك بابطال القانون الصادر على خلاف أحكام الدستور من جانب القضاء ، أو الامتناع عن تطبيقه ، وينتهى أنصار هذا الرأى ألى أن تحديد القانون للجهات القضائية لا يعدو أن يكون توزيعا للعمـــل بين مختلف المحاكم التى يتكون من مجموعها السلطة القضائية . ويرتبون على ذلك النتائج التالية (٤٥) .

١ - لا يكون للمشرع اقتطاع جزءا من وظيفة القضاء واســناده الى جهة غير قضائية تستقل بنظره لأن ذلك من شأنه الانتقاص من ولاية القضاء التى أوجب الدستور أن تكون كاملة .

---

(٤٣) اذ تنص المادة ١٦٥ من الدستور المصرى على أن « الســلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها .. » أما المادة ١٦٧ منه فتنص على أن : « يحدد القانون الهيئات القضائيـــة واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين أعضائها ونقلهم » .

(٤٤) فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٢٩٥ .

(٤٥) أنظر فى ذلك فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٢٩٦ - ٣٠١ . وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢١٥ .

٢ ـ لا يكون للمشرع ـ ما لم يوجد نص فى الدستور ، حق انشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية ويسند اليها الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى ولاية القضاء ، وينص على أن أحكامها انتهائية لا يجوز الطعن فيها أمام محاكم السلطة القضائية .

ومن ثم يكون التشريع الذى يبيح انشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية تنفرد بجزء من الولاية القضائية هو تشريع باطل ، وغير دستورى .

٣ ـ ليس للمشرع أن يمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى ترتب عليها مساس بحقوق الأفراد .

هذا هو خلاصة الرأى القائل بأن التشريعات المنشئة للمحاكم الخاصة ، تعد تشريعات غير دستورية طالما لم يكن هناك نص فى الدستور يجيز انشاء هذه المحاكم . وكان القانون المنشىء لها لا يجيز الطعن فى أحكامها أمام محاكم السلطة القضائية .

وقد ذهب رأى آخر (٤٦) الى القول بمشروعية وجود المحاكم الخاصة ولو لم تستند فى انشائها على نص خاص فى الدستور ، حيث أن الدستور لم يقصر وظيفة القضاء على المحاكم التى حددها هو ، وانما قصر ولاية للقضاء للمحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها ، وفوضت المادة ١٦٧ المشرع فى تحديد الجهات القضائية . وأن المحاكم الخاصة التى ينشئها المشرع تكون لذلك محاكم مشروعة الوجود حتى ولو كانت أحكامها نهائية ، حيث أن بعض أحكام المحاكم العادية تصدر نهائية لا تقبل الطعن فيها .

١٨٧ ـ رابعا : رأينا الخاص :

مما لا شك فيه أن الرأى الأول يكون صحيحا ومثاليا ، لو أن الدستور كان يقصر وظيفة القضاء على جهة واحدة هى المحاكم العادية ،

---

(٤٦) أنظر محمد عبد الخالق عمر ـ المرجع السابق ص ٤٤ ـ ٤٩ ، دستورية عليا ١٦/٥/١٩٨٢ .

وذلك كما فعل الدستور الايطالى . اذ فى هذه الحالة تتحقق الولاية الكاملة للقضاء العادى ، ويكون أى انتقاص من هذه الولاية عمل غير دستورى ، فضلا عن أن انحسار الوظيفة القضائية فى يد واحدة هى جهة القضاء العادى ، يمثل اتجاها مثاليا راقيا لأن من شأنه اعمال المبادىء الدستورية والسياسية الأساسية اعمالا فعليا مثل مبدأ سيادة القانون ، والفصل بين السلطات كما أن من شأنه كذلك تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين تحقيقا مباشرا ، اذ أن المواطنين يخضعون فى هذه الحالة لقاض واحد ، يمارس وظيفته وفقا لاجراءات موحدة ، الأمر الذى يؤدى الى تدعيم ثقة المواطنين فى أحكام القضاء . ومن شأن الأخذ بهذا الاتجاه أخيرا القضاء على كل مشاكل التنازع فى الولاية أو الاختصاص ، والتى يحار المواطن أمام تشابك ودقة قواعدها (٤٧) .

ولكن يصعب القول بذلك ، فى ظل نظام لم يأخذ بوحدة جهة القضاء ، مثل النظام المصرى وغيره العديد من الأنظمة المعاصرة . فالدساتير المصرية المتعاقبة بما فيها الدستور الأخير ، لم تعط ولاية القضاء لجهة واحدة ، وانما وزعتها على عدد من الهيئات القضائية والتى تكون فى مجموعها السلطة القضائية . فنجد أن المادة ١٦٥ منه تنص على أن « السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » ، ولم يستعمل المشرع لفظ المحاكم العادية فى هذه المادة . ومن ناحية أخرى أعطى الدستور للسلطة التشريعية حق تحديد الهيئات القضائية بنصه فى المادة ١٦٧ « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين أعضائها ونقلهم » . ونصت المادة ١٧١ منه على أن « ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها » . أما المادة ١٧٢

---

(٤٧) أنظر فى مساوىء المحاكم الاستثنائية . فتحى والى - الوسيط ص ٢٣٢ - ٢٣٣ . قارن وجدى راغب ، مبادىء ص ٢١٥ .

من الدستور فتنص على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية .. » ، « والمحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها .. وتتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون » (م ١٧٤ ، ١٧٥ دستور) . ثم نصت المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته فى حدود المبادىء الواردة فى الدستور .

من هذا كله يتضح أن وظيفة القضاء موزعة على عدد من الهيئات قام الدستور بالنص عليها وأحال فى بيان تحديدها وترتيبها ، واختصاصاتها ، وشروط من يتولون القضاء فيها ، الى القانون الذى يصدر من السلطة التشريعية . وبالتالى فان المحاكم التى أطلق عليها الفقهاء المحاكم الخاصة أو الاستثنائية ، تكون محاكم مشروعة الوجود ، والقوانين المنشئة لها ، والمنظمة لقواعدها ، قوانين دستورية طالما التزمت بالقواعد الدستورية المقررة كمبادىء عامة للتقاضى مثل مبدأ المواجهة وعلانية الاجراءات واستقلال من يتولون القضاء فيها وغيرها (٤٨) . وعلى ذلك فاننا نفضل أن نطلق عليها المحاكم ذات الولاية المحدودة ، وذلك بالمقابلة الى المحاكم ذات الولاية العامة والتى لم يحدد الدستور أو القانون المسائل التى تفصل فيها على سبيل الحصر .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه بالنسبة للجان الادارية ذات الاختصاص القضائى ، فانها فى رأينا لا تعد محاكم حتى ولو كانت

---

(٤٨) أحمد مسلم أصول المرافعات ص ١٥٢ بند ١٥٤ محمد على راتب ، ونصر كامل وفاروق راتب ـ قضاء الأمور المستعجلة ـ الطبعة السادسة ص ٢٨٤ بند ١٦٦ . عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر ص ٤٥ ، ص ٦١ .

محاكم خاصة ، وانما تعتبر مجرد لجان ادارية تصدر قرارات ادارية يطعن فيها بالالغاء أمام محكمة القضاء الادارى (م ١٠ ثامنا من قانون مجلس الدولة) (٤٩) وبالتالى فلا تدخل فى مدلول كلمة « المحاكم » الواردة فى نص المادة ١٦٥ من الدستور . ومن ثم لا يجب أن تتولى وظيفة القضاء ، لما فى ذلك من اعتداء على السلطة القضائية .

المطلب الثـــانى

الجهات القضائية ذات الولاية المحدودة

١٨٨ ـ تحـــــديد :

انشأ المشرع المصرى ـ استنادا الى أحكام الدســـتور ، عددا من المجـــاكم ذات الولاية المحــــدودة ، أولاها قـــدرا من ولاية قضاء الدولة ، حددته النصوص المنشئة لهذه المحاكم ، وعلينا أن نشير فى ايجاز شديد لهذه المحاكم العامة فى نظامنا القضائى (٥٠) وهى :

---

(٤٩) وتواترت على ذلك احكام المحكمة الدســـتورية العليـا ، فى ١٩٨٥/٢/١٦ ، ١٩٨٥/٣/٢ ، ٥/١ /١٩٨٥ ، ١٩٨٤/٥/١٦ (مجموعـة المحكمة الدستورية العليا ج ٢ ، ج ٣) .

(٥٠) والذى عدل عدة مرات بالقوانين أرقام ٥ لسنة ١٩٦٨ ، ٨٢ لسنة ١٩٦٨ ، ٥ لسنة ١٩٧٠ ، ١٤ لسنة ١٩٧٠ ، ٤٦ لسنة ١٩٧٩ ، ٧٢ لسنة ١٩٧٥ . ويجب حتى لا يشكك البعض فى دستورية هذا القضاء خاصة بعد صدور دستور سنة ١٩٧١ ، أن يعدل قانون الاحكام العسكرية بما يتلاءم مع القواعد التى حددها الدستور بالنسبة للقاضى الطبيعى (م ٦٨ من الدستور) ، وأهم ما يميز هذا القاضى الطبيعى هو كونه غير قابلا للعزل (١٦٨ دستور) ، وعلى ذلك فيجب أن ينص فى قانون الأحكام العسكرية على أن قضاة القضاء العسكرى غير قابلين للعزل ، وأن يكونوا من بين الحاصلين على ليسانس الحقوق وغير ذلك من الأحكام خاصة أن المادة ١٨٣ من الدستور تنص بأن القانون ينظم القضاء العسكرى ويبين اختصاصه فى حدود المبادىء الواردة بالدستور .

١٨٩ - ١ - القضاء العسكرى :

وهو القضاء المنصوص عليه فى الدستور (م ١٨٢) والذى ينظمه قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ ، والذى يحدد محاكم هذا القضاء وما يدخل فى اختصاصه ، والعقوبات والجرائم التى يباشر وظيفته بشانها وكذلك من يخضعون لأحكامه وهم العسكريون أصلا أو حكما اذا ما ارتكبوا جريمة عسكرية أو جريمة من جرائم القانون العام ، اذا لم يكن معهم شريك أو مساهم لا يخضع لقانون الأحكام العسكرية . وكذلك المدنيون الذين يعملون بوزارة الحربية أو فى خدمة القوات المسلحة بالنسبة لما يرتكبونه من جرائم أثناء خدمة الميدان . والمدنيون الذين يرتكبون جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ٥ - ٧ من قانون الاحكام العسكرية (٥١) .

كما يخضع لأحكام قانون الأحكام العسكرية رجال الشرطة (الضباط) بالنسبة للأعمال المتعلقة بقيادة قوة نظامية ، وأمناء ومساعدوا الشرطة وضباط الصف والجنود والخفر النظاميون فى كل ما يتعلق بخدمنهم (م ٩٩ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١ فى شأن هيئة انشرطة) (٥٢) .

١٩٠ - ٢ - محاكم أمن الدولة :

محاكم أمن الدولة فى نظامنا القضائى نوعان هما :

أ - محاكم أمن الدولة (الدائمة) :

وهى المحاكم المنشاة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، وقد حدد المشرع فى الباب الأول منه تشكيل هذه المحاكم واختصاصها ، بينما حدد الباب الثانى الاجراءات أمامها . وتنشأ فى دائرة كل محكمة من محاكم

---

(٥١) راجع المواد من ٤ - ٩ من قانون الأحكام العسكرية .

(٥٢) انظر فى تفاصيل القضاء العسكرى قدرى الشهاوى النظرية العامة للقضاء العسكرى ١٩٧٥ ص ٦٨ وما بعدها محمود مصطفى - الجرائم العسكرية - ١٩٧١ ص ٣٩ وما بعدها . رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٤٧٣ - ٤٧٤ .

الاستئناف محكمة أمن دولة عليا أو أكثر . كما تنشأ فى مقر كل محكمة جزئية محكمة أمن دولة جزئية أو أكثر (م ١) . وتشكل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجة رئيس محكمة الاستئناف . ويجوز أن يضم الى عضوية هذه المحكمة عضوان من ضباط القوات المسلحة القضاة بالقضاء العسكرى برتبة عميد على الأقل (م ٢) وقد حدد اختصاص محاكم أمن الدولة بمقتضى المادة الثالثة . وتنعقد محكمة أمن الدولة العليا فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية (م ٤) وتكون أحكامها نهائية ولا يجوز الطعن فيها الا بطريق النقض واعادة النظر (م ٨) ، أما أحكام محاكم أمن الدولة الجزئية فتكون قابلة للطعن فيها أمام دائرة متخصصة بمحكمة الجنح المستأنفة والتى يطعن فى أحكامها بالنقض واعادة النظر .

ب ـ محاكم أمن الدولة (طوارىء) :

وهى المحاكم التى تشكل ـ فى حالة الطوارىء ـ وفقا لقانون الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ . وتختص هذه المحاكم بالفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (م ١/٧ من قانون الطوارىء) ، وكذلك جرائم القانون العام التى يحيلها اليها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (م ٩ من قانون الطوارىء) (٥٣). وهذه المحاكم نوعان :

ـ محاكم أمن الدولة الجزئية (طوارىء) :

وتشكل دائرة أمن الدولة الجزئية فى المحكمة الابتدائية ، وتصدر أحكامها من أحد قضاة المحكمة الابتدائية ، وتختص بالفصل فى الجرائم المعاقب عليها بالحبس والغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين .

---

(٥٣) أنظر فى تفاصيل هذا الاختصاص ـ مصطفى هرجة ـ التعليق على قانون الطوارىء ـ ١٩٨٩ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، ص ٥٨ ، ٩٦ وما بعدها . وأمر رئيس الجمهورية رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٨ ، وأمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ .

- محاكم أمن الدولة العليا (طوارىء) :

وتشكل فى كل محكمة استئناف دائرة بها من ثلاثة مستشارين ، وتختص بالفصل فى الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الجناية ، وتلك التى يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أيا كانت العقوبة المقررة لها . وجدير بالذكر أن رئيس محكمة أمن الدولة العليا (طوارىء) لا يشترط فيه أن يكون بدرجة رئيس محكمة اشتئناف ، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة أمن الدولة العليا (**الدائمة**) .

هذا ويجوز لرئيس الجمهورية - فى الأحوال الاستثنائية - أن يامر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة لا تقل رتبتهم عن نقيب أو ما يعادلها ، ودائرة أمن الدولة العليا (طوارىء) من ثلاثة مستشارين وضابطين من الضباط القادة ٠ كما يجوز لرئيس الجمهورية أيضا - فى مناطق خاصة أو قضايا معينة ، أن يامر بتشكيل أمن الدولة من الضباط ، على أن تكون دائرة أمن الدولة العليا ثلاثة من الضباط القادة (م ٧ ، ٨ من قانون الطوارىء) .

والأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة (طوارىء) لا تقبل الطعن فيها بأى وجه من الوجوه ، ولا تكون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية (م ١٢ طوارىء) ، الذى يكون له عند عرض الأمر عليه أن يخفف العقوبة المحكوم بها أو يستبدل بها غيرها أقل منها ، أو أن يلغى العقوبات المحكوم بها ، كليا أو بعضها ، أو أن يوقف تنفيذها كلها أو بعضها ٠ كما أن له سلطة الغاء الحكم بالادانة ، حتى بعد التصديق عليه ، مع حفظ الدعوى ، أو أن يخفف العقوبة أو يوقف تنفيذها (مادتين ١٤ ، ١٥ من قانون الطوارىء) . سواء كان ذلك من تلقاء نفس الرئيس أو بناء على شكوى أو تظلم من ذوى الشأن .

ومما تجدر الاشارة به الى أن اختصاص محاكم أمن الدولة (طوارىء) لا يسلب - وعلى ضوء ما استقر عليه قضاء محكمة

النقض (٥٤) ـ المحاكم العادية اختصاصها بنظر الجـرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الاوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه عملا بقانون الطوارىء ، ولو لم تكن مؤثمة بالقوانين العادية . اعمالا للمادة ١٥ من قانون السلطة القضائية ، واعتبارا بأن محاكم أمن الدولة (طوارىء) مجرد محاكم استثنائية ، لم يخصها المشرع وحدها دون غيرها بالفصل فى المسائل التى تختص بها . وذلك بعكس محاكم أمن الدولة (العادية) التى تختص وحدها دون غيرها بالفصل فى المسائل المحددة فى المادة الثالثة من قانون انشائها (٥٥) .

ونظرا للصفة الاستثنائية لمحاكم أمن الدولة (طوارىء) ، فقد ثارت الشكوك حول مشروعيتها خاصة وأنها فى نظر البعض تمثل خروجا على مبدأ القاضى الطبيعى ، فضلا عن أنها دون المحاكم العادية حصـانات وضمانات (٥٦) . غير أن محكمتنا الدستورية العليا قد أكدت فى أحكامها العديدة على شرعية هذه المحاكم ودستوريتها اعتبارا بأن « محاكم أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لقانون الطوارىء .. هى جهة قضاء اقتضى انشاءها قيام حالة الطوارىء وما يقترن بها من ظروف استثنائية ، ومن بين ما تختص به الفصل فى كافة التظلمات والطعون من الأوامر الصادرة بالقبض أو الاعتقال وفقا لقانون الطوارىء .. واذ كفل المشرع للمعتقل حق التقاضى بما خوله من التظلم من أمر اعتقاله أمام جهة قضائية ..

---

(٥٤) أنظر أحكام النقض الصادرة فى ١٩٨٤/١/٢١ فى الطعن رقم ١٤٩٣ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٧٦/٤/١٢ فى الطعن ١٩٢٠ لسنة ٤٥ ق ، ١٩٧٦/٤/١١ فى الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٥/١/٥ فى الطعن ١٧١٦ لسنة ٤٤ ق . أشار الى هذه الأحكام ـ مصطفى هرجة ، ص ٦٢/٦١ .

(٥٥) نفس المعنى ، فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ١٩٨٦ ص ٤٢٣ .

(٥٦) أنظر وحيد رافت ، دراسات فى بعض القوانين المنظمة للحرية ، ١٩٨١ ، ص ١٩٨ ، محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ١٩٨٠ ، ص ٧٨٢ .

فقد أضحت محكمة أمن الدولة العليا طوارىء القاضى الطبيعى بالنسبة لهذه المنازعات (٥٧) .

١٩١ ـ ٣ ـ محكمة القيم :

صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن قانون حماية القيم من العيب . محددا القيم الأساسية للمجتمع بأنها المبادىء المقررة فى الدستور والقانون التى تستهدف الحفاظ على حقوق الشعب وقيمه الدينية ومقوماته ، والحفاظ على طابع الأسرة المصرية وما يتمثل فيه من فيم وتقاليد ، وحماية الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى (م ٢ من القانون) ، ومقررا أن الخروج على هذه القيم عيب يرتب المسئولية السياسية (م ١) . ثم حدد القانون فى المادة الثالثة منه الأفعال المستوجبة للمسئولية السياسية ، وهى :

١ ـ الدعوة التى تنطوى على انكار للشرائع السماوية أو ما يتنافى مع أحكامها .

٢ ـ تحريض النشء والشباب على الانحراف عن طريق الدعوة الى التحلل من القيم الدينية أو من الولاء للوطن .

٣ ـ نشر أو اذاعة أخبار أو بيانات أو اشاعات كاذبة أو مغرضة أو دعايات مثيرة ، اذا تم ذلك فى الخارج وكان من شأنه الاضرار بمصلحة قومية للبلاد .

---

(٥٧) وكانت باكورة هذه الأحكام الحكم الصادر فى ١٩٨٤/٥/١٦ فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ قضائية (دستورية) فى الدعوى المحالة من محكمة القضاء الادارى يطلب الحكم بعدم دستورية المادة ٣ من القانون رقم ٥٠ السنة ١٩٨٢ بتعديل قانون الطوارىء . والتى نصت على اختصاص محكمة أمن الدولة العليا طوارىء وحدها بالفصل فى التظلمات المرفوعة عن أوامر الاعتقال والقبض ، وبذلك حجبت مجلس الدولة عن ممارسة اختصاصه الأصيل بالغاء هذه الأوامر اعتبارا بأنها قرارات ادارية ، وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية بعد ذلك على ما أوردناه بالمتن (راجع أحكامها الصادرة منها فى ١٩٨٥/٣/٢ فى الدعوى رقم ٥٠ لسنة ٥ ق ، ١٩٨٥/٢/١٦ فى القضية رقم ١٦ لسنة ٥ ق دستورية ، ١٩٨٥/١/٥ فى الدعوى رقم ٧٤ لسنة ٥ ق) .

وذلك كله اذا تمت الافعال المذكورة باحدى الطرق النصوص عليها فى المادة ١٧١ من قانون العقوبات .

٤ ـ الأفعال التى تجرمها القوانين أرقام ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية ١٩٧٧/٢ ، ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية ، ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى .

وقد أنشأ القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ محكمة جديدة على نظامنا القضائى هى محكمة القيم ، تتولى دون غيرها الفصل فى جميع الدعاوى التى يقيمها المدعى العام الاشتراكى المنصوص عليها فى المادة ١٦ من هذا القانون (وهى دعاوى المسئولية السياسية) عن الافعال المحددة فى المادة الثالثة من القانون ذاته ، وكذلك كافة اختصاصات (محكمة الحراسة) المنصوص عليها فى المادة ٣٤ لسنة ١٩٧١ (٥٨) بتنظيم فرض الحراسة وتامين سلامة الشعب والمقررة بالقانون المذكور ، كما تختص بالفصل فى الأوامر والتظلمات التى ترفع اليها طبقا لأحكام قانون العيب والحالات المشار اليها فى الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ بتصفية الحراسات (٥٩) .

وتشكل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة احد نواب رئيس محكمة النقض ، وثلاثة مستشارين من محكمة النقض او محاكم الاستئناف وثلاثة من الشخصيات العامة . أما المحكمة العليا للقيم فتشكل من تسعة أعضاء

---

(٥٨) أنظر فى تفاصيل ذلك . ابراهيم صالح ـ الوجيز فى شرح قانون المدعى العام الاشتراكى ، عالم الكتب ١٩٨٦ ، والسيد عمر وعبد السلام البلكى . قوانين ونظام المدعى العام الاشتراكى . منشأة المعارف ١٩٨٨ .

(٥٩) وقد تواتر قضاء النقض على اختصاص محكمة القيم دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بالحراسات التى فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، ويجب ، من ثم احالة ما يكون مطروحا على المحاكم بجميع درجاتهم الى محكمة القيم (١٩٨٦/٤/٢٩ فى الطعون ١٤١٢ ، ١٤٦٨ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن رقم ١٥٦٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/١١/١٤ ، ١٩٨٥/١١/٧ ، ١٩٨٥/١٠/١٦) . (منشور فى مجلة القضاء س ٢١ ، ١٩٨٨ ، ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨) .

يرأسهم أحد نواب رئيس محكمة النقض ، وعضوية أربعة مستشارين من محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربعـــة من الشـــخصيات العـــامة (م ٢٧) .

وتعقد محكمة القيم جلساتها بدار القضاء العالى بالقاهرة أو بمقـر أية محكمة استئنافية أخرى يصدر بتحديده قرار من رئيسها (م ٣٣) . والأحكام الصادرة من محكمة القيم قابلة للطعن فيها أمام المحكمة العليا للقيم التى يكون حكمها نهائيا غير قابل للطعن فيه بأى وجه من الوجوه عدا اعادة النظر (م ٥٠/٣٩) .

١٩٢ ـ المحكمة الدستورية العليا :

١ ـ ضرورتها ونشأتها :

رأينا أن الجهات التى تمارس ولاية القضاء ، جهات متعددة ، بعضها عام الولاية ، وبعضها خاص . فمن الطبيعى ، والأمر كذلك ، أن تتنازع تلك الجهات بخصوص ولايتها وحدودها ، الأمر الذى يستلزم بالضرورة ايجاد جهة قضاء محايدة تفصل فى هذا النزاع . ومن البديهى ألا تكون هذه الجهة تابعة لأى من الجهتين المتنازعتين ، حتى لا تكون خصـــما وحكما فى ذات الوقت . ومن ناحية أخرى فان تسيير النظام القانونى فى الدولة يقتضى أن تطبق التشريعات فى مختلف أنحاء الدولة تطبيقـــا واحدا ، وعلى ذلك فان الحكم على مدى شرعية قانون أو عدم شرعيته لابد أن يكون بالنسبة لكل المحاكم ، وهذا يستلزم أن يوكل هذا الأمر لجهة واحدة ، تلتزم برأيها كل أجهزة القضاء فى الدولة ، اذ لا يقبل من محكمة أن تقضى بدستورية قانون معين فى حين تقضى محكمة أخرى بعـــدم دستوريته ، محافظة على وحدة الحكم على القانون .

ومن ناحية ثالثة فان المشرع قد يصدر تشريعات غامضة ، تحتاج الى تفسير ، وتختلف المحاكم فى تفسيره اختلافا كبيرا ، الأمر الذى يؤدى الى فقد الثقة بالقانون وأحكام القضـــاء لدى الجمهور . وفى سبيل ذلك لابد أن يحدث تدخل معين ، لوضع الأمر فى نصابه ، ومنع

هذا التضـــارب حول معانى القانون ، والتدخل قد يحدث من المشرع نفسه ، وهذا فرض نادر الحدوث ، وقد يحدث هذا التدخل من جانب القضاء وفى الحالة الأخيرة لابد أن يصدر من محكمة واحدة ، ولابد أن تكون هذه المحكمة محايدة .

وكل هذه الاعتبارات مجتمعة تدخل المشرع ولأول مرة فى نظامنا القضائى وانشاء جهة قضاء جديدة مستقلة عن القضاء المدنى وعن القضاء الادارى ، تتولى الفصل فى مسألة دستورية القوانين وتقوم بتفسير ، القوانين كما تقوم بحل التنازع بشأن الولاية وغير ذلك من الاختصاصات وتمثلت هذه الجهة فى المحكمة العليا . وكان ذلك بالقـــانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذى حددت مادته الرابعة اختصاصات هذه المحكمة . ولما صدر الدستور المصرى الدائم فى سنة ١٩٧١ أكد وجود هذه المحكمة بنصه فى المادة ١٧٤ منه على أن « المحكمة الدســتورية العليا هيئــة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية مقرها مدينـــة القاهرة » وبهذا النص تغير اسم هذه المحكمة الى المحكمة الدســتورية العليا بدلا من المحكمة العليا والذى نص عليه قانون انشائها الصادر فى سنة ١٩٦٩ . ثم صدر قانون المحكمة الدستورية العليا الجديد رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، ملغيا قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، وقانون الاجراءات والرسوم أمامها الصادر بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ وكذلك القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٦ ببعض الأحكام الخاصة بالمحكمـــة العلي (م ٩ من مواد الاصدار) .

٢ ـ تشكيلها واختصاصها :

تؤلف المحكمة الدستورية العليا « من رئيس وعدد كاف من الأعضاء. وتصـــدر أحكامها وقـــراراتهـــا من ســـبعة أعضـــاء ويرأس جلســـاتها رئيسها أو أقدم أعضائها .. » (م ٣) . وأعضاء هذه المحكمة غير قابلين للعـــــزل ولا ينقلون الى وظائف أخـــرى الا بموفقتهم .

وتختص المحكمة دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وكذلك بالفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، وذلك اذا ما رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل احداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها · وتختص المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها (م ٢٥) . وبالاضافة الى ذلك تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية .. وذلك اذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها (م ٢٦) .

وأحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) فضلا عن أن أحكامها فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة (م ٤٩) . هذا وقد حدد الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون المحكمة (المواد ٢٨ ـ ٤٥) ، الاجراءات الواجب اتباعها بشأن ممارسة هذه المحكمة لوظيفتها وبالاضافة الى هذا تختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى كل ما يتعلق بأعضائها وشئونهم ، وذلك تأكيدا على استقلالها عن جهات القضاء الأخرى فى الدولة · من هذه الاختصاصات ما يلى :

ـ اختصاص هذه المحكمة بالفصل فى طلبات الرد ودعوى المخاصمة المقدمة ضد أحد أعضائها ، وتفصل فيها بكامل أعضائها عدا العضو المطلوب رده أو المخاصم (م ١٥) .

ـ اختصاص المحكمة دون غيرها بالفصل فى الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضائها أو المستحقين عنهم ، وكذلك بالغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وطلبات التعويض المترتبة عليها (م ١٦) .

- تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصـــاصات المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة لأعضائها ، كما يتولى رئيس المحكمة اختصاصات وزير العدل (م ١٧) ٠

- قيام الجمعية العامة للمحكمة منعقدة فى هيئة محكمة تأديبيــة بالفصل فى الدعاوى التأديبية المتعلقة بعضو من أعضائها ، كما تتولى هذه الجمعية اختصاص اللجنة المنصوص عليها فى المادتين ٩٥ ، ٩٦ من قانون السلطة القضائية واختصاصات مجلس التأديب المنصوص عليها فى المادة ٩٧ منه (م ١٩ ، ٢٠) ٠

- تفصل المحكمة دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيــذ الأحكام والقرارات الصادرة منها ولا يترتب على رفع المنـــازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك قبل الفصل فى المنازعة (م ٥٠) ٠

يتضح من كل ما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا لا تعـــــد تشكيلا من تشكيلات القضاء المدنى ولا تشكيلات القضاء الادارى ، وانما هى هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (٦٠) ، تباشر ولاية معينة ، ومن ثم فلا تعتبر جهة طعن فى أحكام المحاكم الأخرى ، وبعبارة أخرى فان المحكمة الدستورية ليست جهة طعن فى الأحكام عندما تنظر طلب التنازع فى الاختصاص أو فى النزاع القائم حول تنفيذ حكمين نهائيين متعارضين فلا تمتد ولايتها الى بحث مدى مطابقة تلك الأحكام للقانون أو تصحيحها بل تقتصر على تحديد أى الجهات القضائية المتنازعة هى صاحبة الولاية بالفصل فى النزاع ، أو أى الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التى لها ولاية الحكم فى النزاع ، فيكون أولى بالتنفيذ (٦١) ٠ كما لا يكون لها مراقبة الأحكام الصادرة عن غيرها ، لا من حيث الواقع ولا من حيث القانون (٦٢) ، كما لا يجوز التمسك أمامها بوقف تنفيذ أى حكم صادر من أى محكمة أخرى (٦٣) :

---

(٦٠) عبد الباسط جميعى - نظرية الاختصاص ص ٢٠٢ ٠ أحمد أبو الوفا - المرافعـــات ص ٢٥٢ بند ٢٢٠ ، ابراهيم ســـعد - ص ٣٨٥ هامش (١) ٠

(٦١) دستورية عليا ١٩٨٤/١/٢١ - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ١٩٨٧ - ج ٣ ص ٣٨٠ ٠

(٦٢) عبد الباسط جميعى - نظرية الاختصاص - بند ٢٠٣ ، أحمد أبو الوفا - ط ١٢ ص ٢٥٣ ٠

(٦٣) أبو الوفا - الاشارة السابقة ٠

الفصل الثانى

ولاية القضاء العادى

١٩٣ ـ تمهيــــــد :

رأينا كيف أن القضاء العادى لا يحتكر ولاية القضاء فى الدولة ، اذ توجد بجانبه جهات أخرى تمارس قدرا من هذه الولاية ٠

واذا أردنا تحديد ولاية القضاء العادى ، كان علينا تحديد الحدود التى تنحسر عنها ولاية القضاء المصرى ، فى عمومه وبكل جهاته ، ثم بعد ذلك نحدد نطاق ولاية القضاء العادى . وحيث أن تعدد جهـــات القضاء فى الدولة من شأنه أن يحدث تنازعا بينها ، الأمر الذى يستوجب ايجاد وسيلة لحل هذا التنازع . وعليه ينقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة ، نبين فى الأول حدود ولاية قضاء الدولة ، وفى الثانى نطاق ولاية المحاكم ، أى القضاء العادى . ونخصص الثالث للحديث عن انتفاء الولاية والتنازع بشأنها .

المبحث الأول

ولاية قضـــــاء الدولة وحـــــدودها

المطلب الأول

مفهـــوم ولاية القضــــاء

١٩٤ — تعريف الولاية القضائية :

الولاية لغة هى الامارة والسلطان (١) ، وهى اصطلاحا ســـــلطة تثبت لشخص للتصرف فى شئون غيره جبرا عنه سواء كان ذلك فى الشئون العامة كالخلافة وغيرها أو الشئون الخاصة كالولاية على النفس أو المال . وهى بعبارة أخرى سلطة قانونية تجيز لشخص التصرف فى شئون غيره . ولذا يطلق عليها الفقه الفــــــرنسى « الحق الغيرى » droit à fin altriuste (٢) .

وولاية القضـــــــــــاء potesta giuris dizionale Juridiction لا تخرج عن المعنى المتقدم ، فهى تثبت للدولة تخولها رعاية مصالح رعاياها والطارئين عليها عن طريق ما تنشئه لذلك من جهات ، باعتبار أن الدولة هى الأمينة على مصالح الناس وتسييرها .

ويصور البعض هذه الولاية على أنها مكنة وواجب فى آن واحد (٣) ولكن يجب لفت الأنظار الى أنه وان كان القضاء والجلوس له واجب على الدولة ، فهى كما قيل فرض عين عليها ، الا أن ذلك ليس التزاما عليها

---

(١) القاموس المحيط ، جـ ٤ ، ص ٤٠١ .

(٢) اسماعيل غانم — محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ، ص ١٦ . ويطلق عليها الايطاليون potere — كوستا ، بند ٥٦ ، وكارنيلوتى — النظرية العامة ، ص ١٥٢ ، والدعوى والخصومة ١٩٥٨ ، بند ٥ potestà, وكيوفندا — مبادىء ص ٣٧٩ ، وميكيللى ، جـ ١ ، ص ٢٢١ . وانظر تعريف الولاية فى الفقه الاسلامى — أبو زهرة — الأحوال الشخصية ، ص ١٢١ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات بند ٥١ .

(٣) أوجوروكو ، جـ ١ ص ٢٣٥ . وجدى راغب ، رسالة ، ص ٥٦٣ .

فى مواجهة الخصوم . **فعندما يجلس القاضى للقضاء** بين الناس ، فانه لا يقوم بواجب عليه **تجاه الخصوم ، وانما يؤدى** واجبات وظيفته (٤) .

واذا كانت الدولة هى صاحبة الولاية القضائية ، فانها تباشرها بواسطة الهيئات القضائية التى تقوم بانشائها ، والتى يتكون منهـــا السلطة القضائية ، التى نص الدستور على استقلالها (م ١٦٥) (٥)

المطلب الثـــانى

حـــدود الولاية القضـــائية للدولة

١٩٥ ـ تحـــديد :

اذا كانت الوظيفة القضائية احدى الوظائف الرئيسية فى الدولة ، وأن ولاية القضاء ومباشرة الدولة لهما مظهر من مظاهر ســـيادة الدولة (٦) ، وأن القضاء سلطة من سلطات الدولة ، فمن الطبيعى أن تتحدد ولاية القضاء بحدود سيادة الدولة ، فتمتد اقليميا حيث تمتـد سيادة الدولة ، وتنحسر حيث تنحسر هذه السيادة . وعلى ذلك يمارس القضاء ولايته على كل من يوجد على أراضى الدولة ، مواطنين كانوا أو أجانب ، وكل ما يقع على أراضيها من وقائع وجرائم .

واذا كان ذلك هو الأصل ، فان المشرع فى كثير من الدول ـ لاعتبارات مختلفة ـ يخرج على ذلك ، ويمنع قضاء الدولة من الفصل فى الدعاوى المرفوعة على بعض الأشخاص ، أو خاصـــة ببعض الأموال أو ببعض الأعمال على التفصيل الآتى :

---

(٤) روكو أوجو ، جـ ١ ص ٢٣٥ . وجدى راغب ، رسالة ، ص ٥٦٣ ، هاشم ـ قانون القضاء المدنى ، جـ ١ ، ص ٢٩٧ ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٨٧ ـ ٨٨ ، بند ٥١ .

(٥) أنظر تفصيلا ـ نور شحاته ، استقلال القضاء ، دار النهضـــة العربية ، ١٩٨٧ .

(٦) أنظر ميكيللى ، محاضرات ، جـ ١ ص ١٧ ، كيوفندا ، مبادىء ، ص ٣٠٣ ، كوستا ، بند ٢٧ ، ساتا ـ المرافعات ، ١٩٥٩ ، ص ١٣ .

١٩٦ ـ أولا ـ الدعاوى المرفوعة على الأشـــــخاص المتمتعين بالحصانات الدبلوماسية :

اعمالا لأعراف دولية مستقرة ، يعترف المشرع فى كل دول العــالم لبعض الأشخاص بنوع من الحصانات الدبلوماسية (٧) التى تحجبهم عن الخضوع لولاية قضاء الدولة الموجودين فى أراضيها وهم :

١ ـ رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء البعثات التمثيلية :

يتمتع بالحصانات الدبلوماسية رؤساء الدول الأجنبيـــة ، ملوكا كانوا أم رؤساء جمهوريات ، وكذلك الدبلوماسيون مثل السفراء والوزراء المفوضون والمستشارون وغيرهم ممن تثبت لهم الصفة التمثيلية السياسية لدولهم فى اقليم دولة أخرى مثل القناصل والملحقون الثقـــافيون أو التجاريون وغيرهم . وكل هؤلاء لا يخضعون لولاية قضاء الدولة التى يتواجدون على أراضيها ، وأساس ذلك عدم المساس بسيادة الدولة التى يمثلونها ، ومن المعلوم أن نطاق هذه الحصانات يختلف ضيقا واتساعا من دولة الى أخرى ، فقد تتسع فى بعض الدول لتشمل كافة تصرفات

---

(٧) أنظر فى تفاصيل هذه الحصانات .. عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص جـ ٢ سنة ١٩٧٢ ص ٧٥٧ وما بعدها بند ٢٠٠ وما يليه . على الزينى ـ القانون الدولى الخاص المصرى المقارن سنة ١٩٣٠ . فؤاد رياض وسامية راشد ـ الوجيز فى القانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٩ ص ٤٢٨ وما بعدها . وانظر أحكام اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسـية الموقعة فى ١٩٦١/٤/١٨ والتى انضمت اليها مصر بالقرار الجمهورى ٤٦٩ لسنة١٩٦٤والمنشورة فى الجريدة الرسمية العدد ٢٧١ بتاريخ١٩٦٤/١١/٢٥ وانظر فى فقه القـانون الدولى العـام محمد حافظ غانم ـ الوجيز فى القانون الدولى العام ١٩٧٣ ص ٤٣٦ وما بعدها . عبد العزيز سرحان ـ القانون الدولى العام ١٩٧٣ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٥ . حامد سلطان ـ القانون الدولى العام فى وقت السلم ١٩٦٥ ص ١٧٢ وما بعدها بند ١٨٠ ، وانظر فى فقه القانون الايطالى

Morano L. in tema d'essenzione della giurisdizione degli agenti dipolmatici, nota sulla sent. di trib. Roma 22/5/1950. in Riv, dir. proc. 1950 II p. 248.

Andrioli V. Rassegna di giuris. sul cod. di proc. civ, I 1954 No. 9 p. 153.

الممثل الدبلوماسى الأجنبى ، حتى ولو لم تكن متصلة بعمله السياسى .
وتضيق هذه الحصانات فى دول أخرى بحيث لا تشمل الا تلك الأعمال التى تتصل بالعمل السياسى ولا تمتد لتشمل تصرفاته الشخصية . ففى مصر يتمتع رجال السلك السياسى الأجنبى بالحصانة القضائية فى المسائل المدنية والتجارية وذلك فيما يتعلق بأعمالهم الرسمية فقط ، أما فى غيرها والتى لا صلة لها بأعمالهم فلا تلحقها الحصانة القضائية (٨) .
أما رجال السلك القنصلى فيتمتعون بالحصانة القضائية فى المسائل المدنية والجنائية التى تتعلق بأعمالهم الرسمية ويخضعون فيما عداها للقضاء المصرى (٩) .

ومن الملاحظ أن الحصانة القضائية لا تمنع من مقاضاة العضو المتمتع بها أمام قضاء دولته ، كما أن الحصانة لا تمنع من رفع الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال الخاصة الموجودة باقليم الدولة ودعاوى الارث والتركات الا اذا كان العضو يباشرها نيابة عن دولته ، كما لا تمنع الحصانة من رفع الدعاوى المتصلة بالنشاط المهنى أو التجارى للعضو .

٢ ـ الدول الأجنبية :

لا تمتد ولاية القضاء الوطنى كذلك الى الدعاوى التى ترفع على الدول الأجنبية ، حتى لا يكون هناك مساس بسيادة تلك الدول . مع ملاحظة أنه اذا كان اساس عدم الولاية هنا هو المساس بسيادة الدولة الأجنبية ، فيكون عدم الولاية قاصرا لذلك على تلك الدعاوى التى تنطوى على هذا المساس ، وبعبارة أخرى تدخل المسائل التى لا تنطوى على هذا المساس فى سيادة الدولة مثل المنازعات أو الدعاوى التى ترفعها الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطنى ، وكذلك الدعاوى المتعلقة بأموال تلك

---

(٨) ولكن يجب على النيابة استطلاع رأى النائب العام فيما يتبع بشأن ما يرد اليها من أقلام المحضرين والكتاب من الأوراق المتعلقة بهذه المسائل (القاعدة ٧٩٦ من تعليمات النائب العام) .

(٩) راجع تعليمات النائب العام أرقام ٨٠٠ ، ٨٠٣ ، ٨٠٤

الدولة فى الاقليم الوطنى أو الأعمال التجارية التى قامت بها هذه الدول الأجنبية (١٠) .

٣ ـ دعاوى الهيئات والمنظمات الدولية :

تعترف التشريعات المعاصرة لأشخاص القانون الدولى من الهيئات والمنظمات الدولية ولممثليها فى الدول المختلفة بنوع من الحصانات تحجبهم من الخضوع لولاية القضاء الوطنى . وغالبا ما تنص المعاهدات المنشئة لهذه الهيئات أو تلك المنظمات على مبدأ الحصانة الدبلوماسية بالنسبة لأموالها وموجوداتها وممثليها فى الدول المختلفة واذا ما صدقت الدولة على هذه المعاهدات فانها تصبح طرفا فيها وتلتزم بما جاء بها ، ومنها تمتع مكاتب هذه الهيئات أو أموالها وكذلك من يمثلونها بالحصانات المقررة ، ومن ثم يمتنع مقاضاتهم أمام محاكم هذه الدولة الا اذا قبلوا صراحة أو ضمنا خضوعهم لها (١١) .

١٩٧ ـ ثانيا : الدعاوى العينية المتعلقة بعقار موجود بالخارج :

تخرج أيضا جميع الدعاوى العينية العقارية والمتعلقة بعقار موجود بالخارج عن نطاق ولاية القضاء الوطنى . بغض النظر عن جنسية الخصوم وذلك اعمالا لعرف دولى مستقر يقضى باختصاص قضاء موقع العقار بالدعاوى المتعلقة به (م ٢٨/٢٩ مرافعات) (١٢) .

وفيما عدا ما تقدم فان جميع المسائل ولو كانت ذات عنصر أجنبى تدخل فى ولاية القضاء المصرى فتنظر هذه المحاكم الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن متوطنا أو مقيما فى مصر ، وكذلك تلك الدعاوى

---

(١٠) أنظر فى ذلك عبد الباسط جميعى ـ نظرية الاختصاص ص ١٢١ وفى ذلك قررت محكمة النقض بأن الحصانة القضائية يتحدد نطاقها بالأعمال التى تباشرها الدولة بما لها من سيادة ومن ثم فتنحسر عن المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات (نقض ١٩٨٦/٤/٢٩ فى الطعون ١٤١٢ ، ١٤٦٨ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ١٩٨٦/١١/٢٦ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، عدد ١ ، ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥) .

(١١) أنظر عبد الباسط جميعى ـ مبادئ المرافعات ص ١٢٧ ـ ١٢٨

(١٢) أنظر كوستا ـ الوجيز بند ٥٨ ، ص ٨٤ .

التى ترفع على الأجنبى الذى له محل اقامة أو موطن بمصر (٢٨ ، ٢٩ مرافعات) وكذلك الدعاوى التى ترفع على الأجنبى ولو لم يكن مقيما بمصر أو متوطنا بها فى الحالات التى نصت عليها المادة ٣٠ من قانون المرافعات (١٣) .

١٩٨ - ثالثا : أعمال السيادة : les actes de Souveraineté

شاء المشرع أن يخرج نوع من الأعمال الحكومية من ولاية القضاء ، لتظل بمنأى عن رقابة القضاء ، ولا تكون محلا لمناقشات وتحقيقات تجرى علنا أمام المحاكم ، من حيث مبرراتها وجدواها والتعويض عنها . وهذا النوع من الاعمال هو ما اصطلح على تسميته « بأعمال السيادة » (١٤) . وهى تلك الصادرة عن الحكومة بمقتضى سلطتها

---

(١٣) أنظر تفاصيل ذلك المؤلفات العامة فى فقه القانون الدولى الخاص وخاصة عز الدين عبد الله - المرجع المشار اليه ، فؤاد رياض وسامية راشد - المرجع المشار اليه . هشام على صادق فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى . أحمد قسمت الجداوى مبادىء الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام وتنفيذ الأحكام الأجنبية ١٩٧٣ . ابراهيم أحمد ابراهيم - الوجيز فى القانون الدولى الخاص - الجزء الثانى سنة ١٩٨٠ .

(١٤) أنظر فى تعريف أعمال السيادة ومعيارها والنقد الموجه اليها عبد الفتاح ساير داير - نظرية أعمال السيادة - رسالة ج القاهرة ١٩٥٤ مطبوعة سنة ١٩٥٥ . محمد زهير جرانة - رسالة عن الأمر الادارى ورقابة القضاء ، له فى مصر بالفرنسية ، ج القاهرة ١٩٣٥ ص ٢٧ وما بعدها ، عبد السلام ذهنى بك - مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة ١٩٢٩ ص ٣٤٣ وما بعدها . سليمان الطماوى - الوجيز فى القضاء الادارى سنة ١٩٧٢ ص ٢٧٠ وما بعدها . فؤاد العطار - القضاء الادارى ١٩٦٨ ص ٥٢٧ وما بعدها . كامل ليلة - الرقابة على أعمال الادارة - بيروت سنة ١٩٧٠ ص ٦٦٢ وما بعدها . أحمد ابو الوفا - المرافعات ص ٢٥٤ وما بعدها ، بند ٢٣٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ ص ٣٧١ . أحمد مسلم - أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ١٧٨ . ابراهيم نجيب ص ٣٥٤ . رمزى سيف ص ١٨٥ - ١٨٧ . محمد حامد فهمى - ص ٤٩ وما بعدها . أحمد السيد صاوى . الوجيز ص ١٧٢ بند ١٦٤ . وقد عرفتها محكمتنا الدستورية العليا فى العديد من أحكامها بأن أعمال السيادة وان كانت لا تقبل الحصر والتحديد

العليا مستهدفة ارساء النظم الأساسية للمجتمع ، مثل تطبيق نظام معين للادارة ، أو الأخذ بنظام سياسى أو اقتصادى معين . وكذلك تلك الأعمال التى تتخذها الدولة للدفاع عن الدولة داخليا أو خارجيا محافظة على استقلالها وسلامة أراضيها ، وكذلك المعاهدات التى تبرمها الدولة واعلان الحرب وضم أراضى للدولة أو التنازل عن جزء منها ، وكذلك القرارات المنظمة للقوات المسلحة والمتعلقة باعلان الأحكام العرفية وغير ذلك من الاجراءات التى تلجأ الدولة اليها فى أوقات الحروب أو الأزمات (١٥) ويدخل فى أعمال السيادة أيضا تلك الأعمال المتعلقة بالدين العام أو النظام النقدى فى الدولة .

وقد نصت المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أنه « ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة » وبنفس المعنى تنص المادة ١١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . الأمر الذى يؤدى بنا الى القول بأن أعمال السيادة تخرج عن ولاية القضاء ، العادى والادارى . فليس لأيهما أن ينظر فيها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، الغاء أو تعويضا . الا أن وجود

= الا أن هذه الأعمال يجمعها اطار عام هى أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقيق المصالح العليا للجماعة والسهر على احترام دستورها والاشراف على علاقتها مع الدول الأخرى ، وتأمين سلامتها وأمنها فى الداخل والخارج (دستورية عليا ١٩٨٣/٦/٢٥ فى القضية رقم ٣ لسنة ١ ق دستورية . مجموعة المحكمة الدستورية ج ٢ ، ص ١٥٥) .

(١٥) محمد حامد فهمى - الاشارة السابقة - محمود هاشم - مذكرات فى النظام القضائى وقواعد الاختصاص ١٩٧٨/٧٧ ص ٧٨ . سليمان الطماوى - القضاء الادارى ١٩٦٧ ص ٤١٧ وما بعدها . وانظر فى تعريف أعمال السيادة وماهيتها حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ فى الدعوى رقم ٥ السنة الخامسة قضائية - منشور فى مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - القسم الأول سنة ١٩٧٧ رقم ٣٦ . فلا يدخل فى ولاية المحاكم نظر الدعاوى المتعلقة بالأضرار الناجمة عن أعمال الحرب المعتبرة من أعمال السيادة . نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ - مجلة القضاة س ٢١ ، العدد الأول يناير / يونيو ١٩٨٨ ، ص ٢٥٥ .

هذه الأعمال ولا شك بعيدا عن رقابة القضاء يمثل دون شك انتهـــاكا صارخا لمبدأ الشرعية "Principe de legalité" الذى يستلزم بســـط رقابة القضاء على كل ما يصدر عن الحكومة من أعمال . ولهذا حـاول الفقه جاهدا حصر أعمال السيادة فى أضيق الحدود ، ولكنه لم يهتد الى تعداد محدد لها ، وانما تطلب فى العمل الذى يخرج عن ولاية القضاء أن يكون بالفعل من الأعمال السيادية بالمعنى الحقيقى ، فلا يكفى لشل سلطة القضاء فى نظر دعوى متعلقة بعمل من الأعمال الحكومية ، أن تدفع الحكومة بأن العمل مما يدخل فى أعمال السيادة ، وانما عليها أن تثبت للقضاء أن هذا العمل يدخل بالفعل ضمن أعمال السيادة ، ومن ناحيـــة أخرى فانه وان كانت أعمال السيادة تخرج عن نطاق ولاية المحاكم ، فان القضاء يظل صاحب الولاية العامة والأصيلة فى تكييف العمل واعتباره من قبيل أعمال السيادة أو ليس من هذا القبيل (١٦) .

ومن الجدير بالذكر أن الدستور المصرى الجديد الصادر فى سنة ١٩٧١ بعد أن نص على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، نص فى الفقرة الثانية من ذات المادة ٦٨ على أنه « ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء » . الأمر الذى يلقى كثيرا من الشك حول دستورية النصوص المتعلقة بأعمال السيادة وهى أعمال حكومية الأمر الذى يستوجب خضوعها لرقابة القضاء ، وعدم دستورية النصوص التى تقضى بتحصينها من الرقابة القضائية . وعلى فقه القانون الدستورى أن يبين لنا ما اذا كانت أعمال الســيادة تدخل فى مفهومها فى أعمال الادارة أم لا . وعلى الجملة فيجب قصر أعمال السيادة فى أضيق نطاق ممكن بحيث تقتصر على تلك المسـائل التى تتعلق بسيادة الدولة بالفعل . ونكتف بهذا القدر تاركين ذلك ومزيدا من التفاصيل حول هذه الأعمال لفقهاء القانون العام (أنظر حكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/١١/٦ ـ المشار اليه) .

---

(١٦) أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى ـ جـ ١ ص ٣٧٤ . ابراهيم سعد ـ ص ٣٥٤ . أحمد السيد صاوى ـ الوجيز ـ جـ ١ ص ١٧٢ ، بند ١٦٤ وانظر نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ ـ مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٥ ، نقض ١٩٨٣/١/٦ س ٣٤ ـ ٣٨ ـ ١٣٤ ، نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مجموعة القواعد جـ ٤ ص ٤٤٥ ، ونقض ١٩٦٨/٣/٥ المجموعة س ١٩ ص ٥٠١ . ١٩٧٨/٤/١٥ فى الطعنين ٥٤٥ و ٥٥٠ لسنة ٤٤ قضائية . حكم لم ينشر بعد .

المبحث الثـــــانى

نطاق ولاية القضــاء العادى

١٩٩ ـ تحـــديد :

فيما عدا المنازعات السابق ذكرها فى المبحث الأول ، تثبت لقضاء الدولة ولاية الفصل فى المنازعات كافة . ولما كان القضاء العــــادى لا يستأثر وحده بولاية قضاء الدولة ، وانما يشاركه فيها جهـــــــات أخرى .

وحتى نستطيع تحديد نطاق ولاية القضاء العادى ، فلابد أن نحدد ما يخرج عن ولايته لدخوله فى ولاية جهة قضاء أخرى .

المطلب الأول

المسائل التى تخرج من ولاية القضاء العادى

٢٠٠ ـ يخرج من ولاية القضاء العادى ، ما يدخله النظام فى ولاية جهات قضائية أخرى ، ومن هذه المسائل ما يلى :

٢٠١ ـ أولا ـ المسائل الادارية والدعاوى التأديبية :

تنص المادة ١٧٢ من الدستور على أن : « مجلس الدولة هيئـــة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية » ، كما حددت المادة العاشرة من قانون المجلس اختصاصاته وفى نهايتها نصت على اختصاصه دون غيره « بالفصل فى سائر المنازعات الادارية » ، وكانت المادة ١٥ من قانون السلطة قد نصت على أنه « فيما عدا المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحـــاكم بالفصل فى كافة المنازعات » .

يبين من جماع تلك النصوص أن ولاية الفصل فى المنازعات الادارية كافة تكون للقضاء الادارى . وقد غدا هذا القضاء هو جهـة القضاء العامة

فى نظر المنازعات الادارية الا ما أخرجه المشرع منها بنص خاص مثل القرارات الادارية المتعلقة برجال القضاء والنيابة ، وتلك المتعلقة بأعضاء المحكمة الدستورية . فلم تعد ولاية القضاء الادارى محددة على سبيل الحصر ، وتخرج ولاية الفصل فى هذه المنازعات عن ولاية المحاكم العادية ، سواء تعلقت بقرارات ادارية أو عقود ادارية . وعلى ذلك يخرج عن ولاية القضاء المدنى ما يلى :

- **المنازعات المتصلة بالقرارات الادارية** : سواء بالغائها أو تأويلها أو تعديلها . والقرار الادارى هو القرار الذى تفصح به الادارة عن ارادتها الملزمة ، بما لها من سلطة عليا بمقتضى القوانين ، وذلك بقصد احداث مركز قانونى معين ، متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه مصلحة مشروعة (١٧) .

- **المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى** : فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والحكم فى منازعات العمل ، والقرارات الصادرة من لجان القبول بنقابة المحامين .

---

(١٧) أنظر نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ فى الطعن ٤٣٧ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢٥ فى الطعن ٢٢٠٠ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨٦/١٠/٣٠ فى الطعن ٦٨٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١/١ فى الطعن ٧٩٥ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٨٣/٣/٢٧ ، س ٣٤ ، ص ٧٨٦ .

مع مراعاة أن قرار الاستيلاء على عقار الصادر من المحافظ لصالح وزارة التربية ، لا يعتبر قرارا اداريا ، وتختص المحاكم العادية بنظره (نقض ٨٦/١٢/٢٥ فى الطعن ٢٢٠٠ لسنة ٥١ ق) . كما أن وضع الجهة الادارية يدها على العقار وصدور قرار الاستيلاء ضمنيا يؤدى الى اعتبار العلاقة بينها وبين صاحب العقار علاقة تأجيرية يختص بها القضاء العادى (نقض ١٩٨٦/٣/١١ فى الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٣ ق) . كما أن تعلق القرار الادارى بمسألة من مسائل القانون الخاص أو بادارة شخص معنوى خاص يخرجه من عداد القرارات الادارية (نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٦١٤ لسنة ٥٦ ق) .

- **المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية (١٨)** ، مثل عقود التوريد والأشغال وغيرها .

٢٠٢ - ثانيا - المسائل التى تدخل فى ولاية جهات القضاء المحدود الولاية : ومن أهمها :

١ - المسائل التى تدخل فى ولاية المحكمة الدستورية :

والتى حددتها المادتان ٢٥/٢٦ من قانون انشائها ، والمادتان ١٧٤/١٧٥ من الدستور ، وتتمثل فى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ونظر المنازعات بشأن الولاية ، وتفسير نصوص القانون الغامضة ، تفسيرا ملزما .

٢ - المواد الجنائية التى تدخل فى ولاية المحاكم الجنائية الخاصة :

ومنها الجرائم العسكرية البحتة أو جرائم القانون التى يرتكبها الأشخاص الخاضعون لقانون الاحكام العسكرية وكذلك المسائل التى تدخل فى ولاية محاكم أمن الدولة العادية (م ٣ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠) ، ومحاكم أمن الدولة (طوارىء) وتعد أحكام قانون الطوارىء . وأيضا المسائل التى تدخل فى ولاية محكمة القيم ، أحوال المسئولية السياسية ودعاوى الحراسات (١٩) .

وأخيرا المنازعات المدنية والتجارية الخاصة بالقطاع العام لدخول هذه المنازعات فى ولاية هيئات التحكيم الاجبارى المشكلة وفقا لقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (٢٠) .

---

(١٨) أنظر نقض ١٩٨٧/٥/١٠ فى الطعن ٧٢٢ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٣/٢ فى الطعن ٦٨١ لسنة ٥٤ ق .

(١٩) نقض ١٩٨٦/٤/٢٩ ، ١٩٨٧/١١/٢٩ - مجلة القضاة ، س ٢١ ص ٢٣١ ، ٢٥٨ .

(٢٠) وهو القانون الذى حل محل قانون المؤسسات العامة . أنظر عرضا لنظام التحكيم فى هذه المنازعات - أبو زيد رضوان - الوجيز فى القطاع العام ١٩٧٤ ص ١٤١ . حسنى المصرى ، نظرية المشروع العام ١٩٧٩ ص ٢٧١ . فتحى والى ، الوسيط ، ص ٩٤٩ . نقض ١٩٨٧/١٢/١٠ فى الطعن ١٠٦٧ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٤/٨ فى الطعن ٦٢٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨١/١/١٩ ، المجموعة ، س ٣٢ ، ص ٢٣٠ ، ولا تختص هذه الهيئات بنظر المنازعة التى يكون بين أطرافها شخص طبيعى الا بموافقته (نقض ١٩٨٧/١/١٥ فى الطعنين ٢٢٤٧ ، ٢٣٦٥ لسنة ٥٢ ق) .

المطلب الثـــانى

ما يدخل فى ولاية القضاء العـــادى

٢٠٣ ـ تمهيـــــد :

بعد أن استبعدنا ما يخرج عن ولاية قضاء الدولة فى عمومه ، وما يخرج عن ولاية القضاء المدنى لدخوله فى ولاية جهات أخرى ، نستطيع القول بأنه ما عدا هذه المسائل تدخل فى ولاية القضاء العـــادى . فهو القضاء العام غير محدد الولاية بنصوص حصرية ، فكل ما لا يدخل فى ولاية قضاء آخر ، يدخل فى ولاية هذا القضاء العام . وفى هذا تنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية على أنه « فيما عدا المنازعات الادارية تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص » .

وعلى هذا يدخل فى ولاية هذا القضاء ما يلى :

٢٠٤ ـ أولا ـ المسائل المدنية والتجارية :

يدخل فى ولاية المحاكم الفصل فى جميع المسائل المدنيـــــــة والتجارية (٢١) التى تقع بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الحكومة أو أى من أشخاص القانون العام ، سواء تعلقت بمنقولات أو بعقارات ، وعلى ذلك :

ـ ان جميع المنازعات المدنية والتجارية تدخل فى ولاية القضاء المدنى ولو تضمنت عنصرا أجنبيا ، كأن يكون أحد أطرافها من غير المصريين ولو لم يكن له موطن أو محل اقامة بمصر ، أو كان أجنبيا له موطن أو محل اقامة بمصر (٢٢) ، أو أجنبيا ليس له موطن أو محل

---

(٢١) والحد من هذه الولاية بنص وبما لا يخالف أحكام الدســـتور ، استثناء يجب عدم التوسع فيه (نقض ١٩٧٥/٥/٢١ س ٢٦ ص ١٠٥٨) .

(٢٢) الا اذا كانت الدعوى متعلقة بعقار موجود بالخارج (م ٢٨ ، ٢٩ مرافعات) .

اقامة بها ، فى حالة من الحالات التى نصت عليها المادة ٣٠ مرافعات ، أو كان أجنبيا قبل ولاية القضاء المصرى (م ٣٢ مرافعات) .

ـ جميع المنازعات المدنية والتجارية تدخل فى ولاية المحاكم المدنية دون غيرها ، ولو ثارت بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة (٢٣) ، سواء تعلقت بمنقول أو عقار (م ١٧ س . ق) . مع ملاحظة أنه اذا تعلقت المنازعة بقرار ادارى ، فلا تكون للمحاكم ولاية تأويل القرار الادارى أو تعديله أو وقف تنفيذه . وعليه فليس للمحاكم أن تنظر دعوى منع التعرض فى الحيازة اذا كان التعرض مستندا الى قرار ادارى (٢٤) . أما اذا كان التعرض لا يستند الى قرار ادارى ، أو كان مستندا على قرار لم يستكمل مقومات وأركان القرار الادارى ، فانه يدخل فى ولاية القضاء المدنى (٢٥) .

ـ تدخل المنازعات المتعلقة بعقود الادارة المدنية فى ولاية المحاكم . وعقود الادارة المدنية هى تلك العقود التى تبرمها الادارة دون أن تضمنها بنودا استثنائية غير مألوفة فى العقود الادارية ، ومن ثم لا تكون لها هذه الطبيعة الادارية (٢٦) .

ـ تدخل المنازعات المتعلقة بالحجوز الادارية فى ولاية القضاء العادى . وسبب ذلك أن اجراءات الحجز الادارى لا تعد من قبيل الأوامر أو القرارات الادارية . وانما مجرد وسيلة ينظمها المشرع لتسهيل مهمة الادارة فى تحصيل حقوقها لدى الأفراد من أموال أميرية أو ضرائب

---

(٢٣) نقض مدنى ١٩٨٥/١٢/١٨ ـ مجلة القضاة س ٢١ ، ص ٢٥٤ .

(٢٤) نقض ١٥ مارس سنة ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٣٥ . ١٩٧٣/٣/٢٢ ذات المجموعة ص ٤٧٠ .

(٢٥) فالقرار الادارى الذى يحمل فى ظاهره عيبا يجرده من الصفة الادارية وينحدر به الى درجة العدم ، يكون للمحاكم سلطة نظر المنازعة المتعلقة به ويكون للقضاء المستعجل ولاية نظر الدعوى المتعلقة به (نقض ١٩٦٣/٣/١٤ س ١٤ ص ٣٠٣ ، ١٩٦٨/٢/٨ س ١٩ ص ٢٣٠ . وقارن نقض ١٩٧٣/٣/٢٢ س ١٤ ص ٤٧٠) .

(٢٦) نقض ٢ مايو سنة ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٣١ .

أو رسوم (٢٧) وترتيبا على ذلك يكون للمحاكم دون مجلس الدولة ولاية نظر المنازعات المتعلقة بتلك الحجوز سواء كان ذلك بالغائها أو الحكم ببطلانها أو بطلان ما تم من اجراءات بشأنها (٢٨) .

٢٠٥ ـ ثانيا : مسائل الأحوال الشخصية :

اصبحت جهة القضاء المدنى ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وبمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الجهة صاحبة الولاية فى نظر جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وذلك بعد الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية . وتتولى المحاكم هذه المسائل سواء تعلقت بمصريين أو أجانب .

٢٠٦ ـ ثالثا : المسائل الجنائية :

تدخل فى ولاية القضاء العادى سلطة الفصل فى جميع المسائل الجنائية من مخالفات وجنح وجنايات الا ما استثنى بنص خاص (م ١/١٥ س . ق) . وان كان يتولى الفصل فى الجرائم ما يسمى بالقضاء الجنائى بتشكيلاته المختلفة . الا أن هذا القضاء لا يعد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادى ، بل مجرد قضاء نوعى متخصص مشتق من القضاء العادى ، فهو مجرد تشكيل من تشكيلاته (٢٩) .

---

(٢٧) نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ س ٢٠ ص ١٢٨٠
(٢٨) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٢٧ . والقضاء المدنى ص ٣١٦
(٢٩) أنظر احمد مسلم ـ أصول ١٩٧٩ ص ١١٥ بند ١٢٤ .

المبحث الثـــالث

انتفاء الولاية أو التنازع فيها

المطلب الأول

انتفـــاء الولاية

difetto di giurisdizione

٢٠٧ ـ تعريفه وحكمه :

تنتفى ولاية المحاكم بالنسبة لمسألة محددة اذا خرجت عن ولاية القضاء فى عمومه ، أو اذا كانت داخلة فى ولاية جهة قضاء أخرى غير جهة المحاكم . ولما كانت قواعد توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها ، قواعد عامة الغـــرض منها تنظيم مرفق القضــــاء فى الدولة ، ومراعاة للصالح العام ؛ فانها بذلك تتعلق بالنظـــــام العــــام ، اذ أنها تتعلق بالتنظيم القضائى فيها . وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى أمام جهـــة قضائية لا ولاية لها بنظرها ، كان عليها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم ولايتها بنظرها ويكون لأى خصم من الخصوم الحق فى ابداء الدفع بانتفاء الولاية فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض (م ١٠٩ مرافعات) (٣٠) ، ولا يكون للخصوم ، من ثم ، الاتفاق على ما يخالف قواعد توزيع الولاية ، بتقرير ولاية جهة لا ولاية لها بنظر الدعوى ، أو سلب ولاية جهة بنظر دعوى تدخـــــل فى ولايتها ، ويقع باطلا كل اتفاق بين الخصوم يخالف قواعد توزيع الولاية القضائية (٣١) .

---

(٣٠) وبنفس المعنى تنص المادة ٣٧ مرافعات ايطالى . أنظر زانزوكى جـ ١ ص ٥٠ ــ ٥١ . رقم ٤٨ لوجو اندريا ــ موجز ص ٥٦ ــ ٥٨ . أحمد أبو الوفا ص ٣٧٨ وما بعدها بند ٣٥٢ . ابراهيم نجيب ص ٣٩٨ . فتحى والى ــ الوسيط بند ١٢٥ ص ٢٣٤ نقض مدنى ١٩٧٥/٥/١٢ س ٢٦ ص ٩٦٣ . ١٩٧٤/٣/٢٦ س ٢٥ ص ٥٦٦ ــ ١٩٧٦/٤/١٤ س ٢٧ ص ٩٣١

(٣١) وانظر الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى ١٩٢٦/١٢/٢ الفهرس العشرى الثالث ــ المجموعة الرسمية ص ٢١ رقم ٣٦١

ويكون للمدعى رافع الدعوى أن يتمسك بالدفع بانتفاء ولاية المحكمة المرفوع اليها الدعوى ولا أثر لقبوله الضمنى ، المتمثل فى رفعه للدعوى اليها (٣٢) ، ولا يستثنى من ذلك الا حالة واحدة وهى حالة انتفاء ولاية القضاء المصرى بسبب تمتع الخصم الأجنبى بالحصانة القضائية . فاذا قبل هذا الخصم ـ صراحة أو ضمنا ـ ولاية القضاء المصرى بنظر الدعوى المرفوعة عليه ، فلا تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بانتفاء ولايتها ، ويشترط لذلك أن يكون قبول الأجنبى لولاية القضاء المصرى بنظر المنازعة واضحا ، وأن تكون هناك دلالة أكيدة على هذا القبول ، مثل حضوره جلسات المرافعة دون ابداء الدفع بانتفاء الولاية ، فالقبول لا يفترض ، فلا يستشف من مجرد غياب الأجنبى عن الحضور ، ويجب فى هذه الحالة أن تحكم المحكمة بانتفاء ولايتها ـ متى تحققت من ذلك ـ ومن تلقاء نفسها (م ٣٥ مرافعات) (٣٣) .

وحكمة ذلك أن الأجنبى المتمتع بالحصانة الحاجبة لولاية القضاء الوطنى ، قد يتنازل عنها ، ويقبل حماية القضاء الوطنى له ، والدولة تكفل الحماية لكل من يوجد على أراضيها ، وما القضاء الا نظام للأمن يخضع له الوطنيون والأجانب على حد سواء (٣٤) ولذلك لا نجد فى نص المادة ٣٥ من قانون المرافعات الا مجرد تطبيق لمبدأ الخضوع الارادى أو القبول الاختيارى prorogation volonntaire المعروف فى فقه القانون الدولى الخاص (٣٥) .

---

(٣٢) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٣٥ . استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء ـ السنة ٥١ ص ٩٧ .

(٣٣) أنظر عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ص ٧٣٥ . فتحى والى الاشارة السابقة .

(٣٤) أحمد مسلم ـ أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ١٨١ .

(٣٥) أنظر فى هذا المبدأ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ص ٦٤٥ بند ١٧٠ ، ص ٧٣٣ بند ١٩٦ . هشام على صادق ـ تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص ٥٤ وما بعدها وانظر دراسة متخصصة فى ذلك =

٢٠٨ ـ واذا ما قضت المحكمة المدنية ـ اما من تلقاء نفسها ، واما بناء على طلب ـ بانتفاء ولايتها ، نظرا لدخول المسألة فى ولاية جهة قضاء أخرى ، فعليها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى الجهة صاحبة الولاية . وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠ مرافعات التى استحدثها المشرع فى القانون الجديد تيسيرا على المدعى ، وعدم تحمله مشقة اعادة رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة ، أو الجهة ذات الولاية ، مع احتمال أن يكون المدعى قد رفع دعواه الى محكمة غير مختصة نتيجة خطأ مغتفر فى تطبيق قواعد الاختصاص ، نظرا لدقة هذه القواعد والتى قد يخطئ فيها الكثيرون (٣٦) .

ويشكك البعض (٣٧) فى وجوب الاحالة تبعا للحكم بانتفاء الولاية، بعد صدور الدستور المصرى فى سنة ١٩٧١ والذى آكد استقلال مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة ، فضلا عن عدم وجود نص فى قانون المجلس يماثل نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات . ورغم هذا التشكك فالاجماع منعقد على ضرورة تطبيق نص المادة ١١٠ والأمر بالاحالة الى الجهة ذات الولاية تبعا للحكم بانتفائها (٣٨) . وتحال الدعوى بحالتها الى المحكمة الجديدة ، وبما اشتملت عليه من أحكام وما اتخذ فيها من اجراءات . وتعاود الخصومة سيرها أمام الجهة ذات

=

Gaudememnt-Tallon H., la prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Dalloz. 1965.

مشار اليه فى ابراهيم سعد ص ٣٩٧ هامش (١) . وقد نصت المادة الرابعة من قانون المرافعات الايطالى على هذا المبدأ أنظر ليبمان موجز جـ ١ بند ٤٥ ص ١٠٣ ـ ١٠٤ . وانظر عبد الباسط جميعى ـ مبادئ ص ١٢٢ .

(٣٦) رمزى سيف بند ٣٢٩ ص ٣٨٦ وما بعدها .

(٣٧) ابراهيم نجيب سعد ـ القانون القضائى الخاص ص ٣٩٩ .

(٣٨) فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٥٧٠ وما بعدها . الوسيط ص ٣٣٤ بند ١٨٨ . ابراهيم نجيب الاشارة السابقة مع ملاحظة أنه فى حالة الاحالة الى القضاء الادارى ، يكفى الاحالة اليه دون تحديد لأى من محاكم هذا القضاء مختصة بالفصل فى النزاع (فتحى والى . الاشارة السابقة . ابراهيم سعد ـ ص ٤٠٠ عكس ذلك أبو الوفا بند ٢١٥ ص ٢٢٥) .

الولاية من النقطة التى وقفت عندها أمام المحكمة المحيلة ، وللخصوم ابداء كافة الدفوع أمام المحكمة المحال اليها والتى لم يسقط الحق فى ابدائها (٣٩) .

٢٠٩ - حجية الحكم الصادر فى غير ولاية المحكمة التى أصدرته :

ولكن اذا حدث وقضت محكمة من المحاكم فى غير ولايتها ، فماذا يكون عليه الأمر وهل يتمتع الحكم بحجية معينة فى هذا الخصوص أم لا ؟ لم يتعرض المشرع المصرى (٤٠) لبيان حجية الحكم فى هذه الحالة

---

(٣٩) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٠ فى الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٤ ق ، ونقض ١٩٨٥/١٢/٤ فى الطعن ١٤٨٣ ، ١٩٧٧/٣/١٦ فى الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٢ قضائية .

(٤٠) وذلك على عكس التشريعات الاخرى . فالتشريع الفرنسى يميز بين انتفاء الولاية وبين عدم الاختصاص ، ويطلق على الأول تجاوز السلطة excés de pouvoir ويتحقق باعتداء القضاء على أى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية كأن يصدر القاضى حكما عاما dispostion générale أو يصدر امرا الى موظف ادارى أو عضو من أعضاء النيابة (فنسان ص٨٦٠ بند ٦٦١ . جابيو - ص ٧٢٢ بند ١١٢٥ . جلاسون وتيسية ج ١ ص ٧٠١ - ٧٠٢ بند ٢٧١ . موريل رينيه بند ٦٦٣ . كورنو وفوبيه - ص ١٩٢ - ١٩٦) وقد يتحقق برفض القيام بعمل يدخل فى سلطة القضاء أو قيام القاضى بعمل لا يقوم به أى قاض آخر (جابيو - الاشارة السابقة . موريل ص ٥١٢ . جلاسون وتيسية ص ٧٠٤) ولو لم يمثل اعتداء على سلطة أخرى . مع ملاحظة ان من الفقهاء من رأى أن كل تجاوز للسلطة يعنى عدم الاختصاص والعكس صحيح (جابيو ص ٧٢١) . وقد أعطى القانون الفرنسى للنائب العام وبناء على أمر وزير العدل الطعن فى الحكم لهذا السبب أمام محكمة النقض الذى يكون حكمها حجة على الكافة (أنظر عرضا فى مذهب القانون الفرنسى (وجدى راغب برسالة ص ٥٨١ - ٥٨٢) أما القانون الايطالى فقد نص على أن انتفاء الولاية انما يكون بالنسبة للادارة العامة والقضاء الخاص giudici speciali والقضاء الأجنبى . ويجب على القضاء العادى أن يحكم من تلقاء نفسه بانتفاء ولايته . ويمكن المطالبة بذلك فى أية حالة كانت عليها الاجراءات . ليبمان - موجز ص ٩٩ - ١٠٠ . ميكيللى ج ١ ص ١٢٠ وما بعدها . لوجو أندريا - ص ٥٦ - ٥٨ . ردنتى ج ١ ص ١٢٧ وما بعدها . ويكون ذلك سببا للطعن فى الحكم امام دوائر

وهل يعتبر معدوما أو باطلا أو حائزا لحجية الأمر المقضى ، تاركا ذلك لمجهودات الفقه وتقديرات المحاكم .

واذا كان الأمر كذلك ، فمن الطبيعى أن يختلف الفقهاء فى هذا الشأن وتتضارب تقديرات المحاكم . ولكن اجماعا قد انعقد حول مسألتين، وانصب الخلاف حول مسألة ثالثة وذلك على النحو الآتى :

٢١٠ ـ أ ـ حالة تجاوز السلطة :
eccesso dell potere excés de pouvoir

وهى الحالة التى يتعدى فيها القاضى سلطة القضاء ، معتديا على أى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية ، كأن يصدر حكما عاما أو قرارا اداريا لا يخوله القانون سلطة اصداره . وقد انعقد الرأى على انعدام عمل القاضى فى هذا الخصوص ومن ثم فان عمله لا يترتب حجية ما (٤١) .

٢١١ ـ ب ـ حالة الانتفاء المطلق لولاية القضاء : difetto assoluto di giurisdizione ويتحقق هذا العيب عندما يفصل قاض فى مسألة لا تدخل فى ولاية قضاء الدولة فى عمومه ، كما لو كان صادرا فى مسألة تتعلق بعمل من أعمال السيادة ، وقد انعقد الرأى أيضا على انعدام

=

النقض مجتمعة (م ٣٦٠ ـ ٣٦٢ مرافعات ايطالى) أنظر ليبمان ـ مشاكل الخصومة المدنية pouvoir de Juridiction 1962 p. 18. ويمكن للخصوم قبل الحكم فى الموضوع من الدرجة الأولى طلب الفصل فى مسألة الولاية من دوائر النقض مجتمعة (٤١ مرافعات ايطالى) أنظر كوستا ـ ص ١٢٦ ، بند ٨٥ .

(٤١) جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٧٠١ ـ ٧٠٢ . جابيو بند ١١٢٥ . موريل بند ٦٦٣ . ردنتى ـ المرافعات ج ١ ص ١٣٤ . ليبمان ج ١ ص ٩٦ بند ٣٩ . كيوفندا مبادئ ص ٣٧١ .

lacoste M. laborde, Précis élémenta'rc de procedure civile, 1939 p. 194 No. 353.

وجدى راغب ـ رسالة ص ٥٨٥ ـ ٥٨٦ .

الحكم فى هذه الحالة لصدوره عن غير قاض (٤٢) ومن ثم فلا يرتب حجية ما ، والتمسك بعدم وجوده يكون برفع دعوى مبتدأة ببطلانه (٤٣)

٢١٢ - جـ - حالة انتفاء ولاية القضاء المدنى :
difetto della giurisdizione Civile

وتتحقق هذه الحالة عندما تخالف فيها محكمة مدنية حدود ولاية القضاء المدنى ، بأن تفصل فى مسألة لا تدخل فى ولايتها لدخولها فى ولاية قضاء أخرى · فهل يعد الحكم المشوب بهذا العيب حكما معدوما أم باطلا يتم تصحيحه بطرق الطعن أو باستنفادها ؟

اختلف الفقه فى ذلك اختلافا كبيرا ، وكان مرجع اختلافهم هذا هو اختلافهم فى تكييف ولاية القضاء ذاتها . وهل تثبت للقاضى بمجرد تعيينه قاضيا ولاية القضاء المجردة ؟ أى صلاحيته للفصل فى أية مسألة تدخل فى ولاية قضاء الدولة . أم أن القاضى لا تثبت له هذه السلطة الا داخل حدود الولاية المقررة للجهة المعين بها ؟

يذهب الرأى السائد فى الفقه الايطالى (٤٤) الى وحدة ولاية القضاء Unitarieta della giurisdizione بمعنى أن القاضى تثبت له بمجرد تعيينه قاضيا ولاية القضاء بصفة مجردة ، ويكون صالحا من ثم للقضاء فى كل ما يدخل فى ولاية القضاء الايطالى ولو كانت المسألة تخرج عن ولاية الجهة المعين بها . وعلى ذلك فان قضائه صحيح فيهما

---

(٤٢) وجدى راغب - رسالة ص ٥٨٦ · ليبمان - الاشارة السابقة · ردنتى جـ ١ ص ١٣٤ وانظر له كذلك

Intorno al concetto di eccesso del potere in (scritti e discorsi giuridici in un mezzo secolo, 1962 p. 219 — 226.

Stata S., Commentario al Cod. di proc. civ. I, p. 163 — 165.

(٤٣) كيوفندا - مبادىء ص ٣٧٢ · فتحى والى رسالة ص ٦٢٦ - ٦٢٧ بند ٣٤٩ · العشماوى ص ٣٠٥٦ ·

(٤٤) ردنتى جـ ١ بند ٣١ ص ١٣٤ · ليبمان - موجز جـ ١ ص ٩٧ · كيوفندا - مبادىء ص ٣٦٨ · فاراندا كلاوديو أهلية القاضى ص ٨٦ ، ١٨٨ - ١٨٩ · وانظر كذلك فى الفقه الفرنسى جلاسون وتيسيه جـ ١ ص ٦٧٤ موريل بند ٢٩٥ · ورمزى سيف فى الفقه المصرى ص ٣١٥ بند ٢٦٦ ·

ويتمتع حكمه لذلك بالحجية أمام جميع جهات قضاء الدولة طالما لم يتم الغائه بطريق من طرق الطعن . ولا يخرج عن ذلك الا حكم القاضى الخاص أو الاستثنائى خارج حدود ولايته ، اذ أن هذا القاضى الخاص خارج حدوده لا يكون قاضيا ، وتعـــد أعمـــاله لذلك معـــدومة الأثر (٤٥) .

اما الرأى السائد فى الفقه المصرى (٤٦) فيتمثل فى أن الحـكم الصادر من قاضى احدى جهات القضاء فى الدولة خارج حدود ولايتـــه لدخول المسألة فى ولاية جهة قضاء أخرى ، يكون حائزا لحجيته أمام جميع المحاكم التابعة للجهة التى يتبعها القاضى مصدر الحكم ، ويكون معدوم الحجية أمام محاكم الجهة الأخرى ذات الولاية ، والتى يجوز لها اهداره باصدارها حكما جديدا فى ذات المسألة . وقد تتحقق فى هذه

---

(٤٥) انظر كيوفندا ـ مبادىء ص ٣٦٨ . ساتا ص ١١ بند ٣ . اوجوروكو جـ ١ ص ٩٠ بند ٤ عكس ذلك دوتوفريو تعليق جـ ١ ص ٣ ، بند ٣ وقد اخذت بذلك محكمة النقض المصرية فى حكم لها صـــــادر فى ١٩٧٦/٣/٣ المجموعة ٢٧ ص ٥٤٦ . وكذلك حكمها فى ١٩٧٥/١٢/٣١ س ٢٦ ص ١٧٧٥ .

(٤٦) أبو هيف ـ المرافعات ص ٤٠١ ـ ٤٠٢ بند ٥٣٧ . حامد فهمى بند ٢٩٦ . عبد الفتاح السيد ـ الوجيز بند ٢٦٥ . عبد المنعم الشرقاوى شرح بند ١٨٩ . أبو الوفا ـ نظرية الأحكام بند ١٣٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى جـ ١ بند ٢٨٠ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ١٦ ـ ١٧ عبد الرازق السنهورى ـ نظرية الالتزام بوجه عام (الوجيز) ١٩٦٦ ص ٧٢٩ اسماعيل غانم ـ النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ـ ١٩٦٧ ص ٥١٥ . قارن أحمد نشأت ـ رسالة الاثبات جـ ٢ سنة ١٩٧٢ ص ٢١٧ . وهو ما استقر عليه القضاء المصرى أيضا ، نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س ٨ ص ٤٩٦ ، ١٩٥٨/١/٩ س ٩ ص ٦٢ . ١٩٦٣/٧/٢ س ١٤ ص ٤٦٢ . ١٩٦٤/٥/٢٧ س ١٥ ص ٧٢١ . ١٩٦٦/٢/٢٤ س ١٧ ص ٤١٢ ـ ١٩٧٤/١١/٢٦ س ٢٥ ص ١٢٨٦ ، ١٩٧٦/٣/٣ س ٢٧ ص ٥٤٦ ، ١٩٧٤/١١/٢٦ س ٢٥ ص ١٢٨٦ استئناف مصر ١٩٣٣/٣/١١ الجدول العشرى الرابع ص ٢٠٣ رقم ١٣٦٥ ، استئناف دوائر مجتمعة ١٩٢٥/٤/٣٠ رقم ١١٧٤ الجـــدول العشرى الثالث ص ١٥٤ مصر الابتدائية ١٩٥١/٤/١٠ المحاماة س ٣١ ص ١٩٣٢ . ١٩٣٤/٢/٢٧ . الجدول العشرى الرابع رقم ١٣٦٩ .

الحالة حالة تنازع ايجابى فى الاختصاص الأمر الذى يستوجب رفع الأمر الى المحكمة الدستورية لحله (٤٧) .

وذهب رأى آخر (٤٨) الى القول بأن الحكم القضائى يحوز حجيته أمام جميع جهات القضاء فى الدولة ولو كان صادرا فى غير ولاية المحكمة التى اصدرته ، لأن مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفى لا تخرج عن كونها مجرد مخالفة لقواعد الاختصاص والتى تؤدى الى ضرورة احترام الحكم وما قضى به حتى يتم الغائه عن طريق الطعن فيه بالطريق المناسب وقد وجد هذا الرأى من يناصره فى الفقه المصرى (٤٩) .

وبرغم تقديرنا الكامل لهذا المذهب الأخير ، الا أننا لسنا من مؤيديه . اذ أن ولاية القضاء فى الدولة موزعة على هيئات معينة مستقلة كل منها تثبت له ولاية القضاء فى ذلك القدر من ولاية قضاء الدولة المعطى لها ، فلا يجوز لها ، من ثم ، تجاوز هذا القدر ، والا كان عمله معدوم الأثر أمام الجهة ذات الولاية . والقول بغير ذلك يؤدى الى نتيجة غير منطقية هى جواز مخالفة قواعد توزيع الولاية باتفاق الخصوم وهى قواعد لا يشك أحد فى تعلقها بالنظام العام . فيكفى اتفاق الأفراد على رفع نزاعهم امام جهة لا ولاية لها بنظره ، فتصدر هذه الجهة حكما يقيد الجهة ذات الولاية وبذلك تتم المخالفة لقواعد توزيع ولاية القضاء .

---

(٤٧) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ١٧ . العشماوى ص ٣٥٦ . نقض ١٩٤٦/١/١٠ مجموعة عمر ج ٥ ص ٢٢ - ١٩٤٦/٢/٢٨ - ذات المكان ص ١٠٨ .

(٤٨) رمزى سيف فى رسالته فى « تنازع الولاية بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية فى المواد المدنية والتجارية » بالفرنسية - القاهرة ١٩٣٨ ص ٣٥٨ وما بعدها . والمرافعات ص ٣١٥ وما بعدها . مشيرا الى جلاسون ج ١ ص ٦٥٧ .

(٤٩) فتحى والى - رسالة ص ٧٢٧ - بند ٣٤٩ . وجدى راغب رسالة ص ٥٨٩ - ٥٩١ مبادىء ص ٢٣٠ ، أبو الوفا - نظرية الأحكام ص ٣٤١ بند ١٣٧ . احمد السيد صاوى ص ١٣١ وما بعدها . وقد أخذت محكمة النقض فى حكم قديم لها صادر فى ١٩٤٢/٣/٥ بهذا الرأى . منشور فى مجموعة عمر ج ٣ ص ٤١٥ . وانظر فى نقد هذا الحكم عبد المنعم الشرقاوى شرح ص ٢٨٩ فى الهامش .

المطلب الثانى

التنازع فى الولاية

(٥٠) Confletti di giurisdizione

٢١٣ ـ تعريفه ومفترضاته :

أ ـ تعريفه :

تنازع الولاية نتيجة طبيعية لتعدد وجهات القضاء فى الدولة ، ضيقا او اتساعا . اذ قد تنكر كل جهة منها ولايتها بخصوص مسألة معينة ، أو تتمسك بولايتها بنظرها . وفى الحالة الأولى تكون المسألة بغير قاض ينظرها ، أما فى الحالة الثانية تكون محلا للحكم من أكثر من جهة واحدة . فكان لابد من ايجاد طريق محدد لحل مثل هذا التنازع تجنبا لمثل هذه النتائج وأن يختلف هذا الطريق فى تنظيمه عن طريق الطعن فى الحكم ، حتى يكون لكل طرف الحق فى طلب رفع هذا التنازع ، ولو كان خصما محكوما له (٥١) .

ب ـ مفترضات التنازع :

والتنازع بشأن الولاية يفترض فى كل صوره أن يكون واقعا بشأن دعوى واحدة مرفوعة أمام جهتين مختلفتين للقضاء فى الدولة (٥٢) .

---

(٥٠) رمزى سيف فى رسالته "les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigénes, op. cit. Caire 1938. Bracci, le quistioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di proc. civ. in R. P. C. - 941, I, p. 181.

(٥١) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٣ ، كوستا ـ بند ٨٥ ص ١٢٦ .

(٥٢) أنظر المحكمة الدستورية ١٩٨٦/٥/٣ ، ١٩٨٦/٣/١ ، ١٩٨٥/١٢/٢١ مجموعة المحكمة الدستورية ، ١٩٨٧ ، جـ ٣ ص ٤٤٤ ، ٤٤٠ ، ٤٢٨ . المحكمة العليا فى ١٩٧٠/١١/٧ ، ١٩٧١/٧/٣ ، ١٩٧٥/١٢/٦ ، ١٩٧٦/٤/٣ منشورة فى مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا القسم الثالث ١٩٧٧ بأرقام ١ ، ٦ ، ٣٧ ، ٤٠ صفحات ١ ، ٢٨ ، ٢٠١ ، ٢١٩ .

ـ دعوى واحدة :

لا يتصور أن يقع التنازع فى الولاية الا بصـــدد دعوى واحدة ، بحيث تكون الدعوى المرفوعة أمام أحدى جهات القضاء فى الدولة هى ذاتها موضوعا وخصوما وسببا المرفوعة أمام الجهة الأخرى ، فان اختلفت احداها عن الأخرى فى أى عنصر من عنـــاصرها نكون ازاء دعويين مختلفتين ، وليس دعوى واحدة ومن ثم لا يتصور التنازع بصددهما (٥٣) وان جرت أحكام المحكمة الدستورية على تعبير دعوى الموضوع الواحد .

ـ مرفوعة أمام جهتى قضاء :

يلزم أيضا لقيام التنازع بصدد دعوى واحدة ، أن تكون هذه الدعوى مرفوعة أمام جهتين من جهات القضاء فى الدولة أيا كانت مسمياتها ، أى سواء كانت جهة قضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى وهى كل هيئة خولها القانون سلطة الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتبـــاع الاجراءات القضائية التى يحددها القانون . فان كانت قد رفعت أمام محكمتين تابعتين لجهة واحدة ، فاننا نكون أمام تنازع فى الاختصاص وليس تنازع فى الولاية ، ومن ثم لا تقبل دعوى تنـــازع الولاية أمام المحكمـــة الدستورية (٥٤) وكذلك اذا رفعت الدعوى أمام دائرتين مختلفتين داخل المحكمة الواحـــدة . فان ذلك لا يعـــد تنـــازعا فى الولاية ولا فى

---

(٥٣) فتحى والى ـ الوسيط بند ١٢٧ ص ٢٣٦ . الشرقاوى بند ١٩٢ ص ٢٩٤ . براتش ـ ص ٢٠٥ . فلا تكفى وحدة الموضوع فى الدعويين لقيام التنازع حتى لو اختلفت الدعويان فى الخصوم أو السبب وهذا ما ذهب اليه البعض بالفعل (محمد كامل ليلة ـ الرقابة ـ بيروت ص ٥٣٧ . أحمد ابو الوفا بند ٣٥٤ ص ٣٨١ ـ ٣٨٢ . رمزى سيف ص ٢٠٣ بند ١٦٢ . وانظر أحكام المحكمة العليا فى ١٩٧٣/١٢/١ رقم ١٨ ص ٨٧ ، ١٩٧٥/٦/٧ رقم ٣٥ ص ١٩٠ و ١٩٧٦/٤/٣ رقم ٤٠ ص ٢١٩ المجموعة ج ٣ سنة ١٩٧٧ .

(٥٤) ومن ثم لا يقبل طلب تعيين المحكمة ذات الاختصاص من المحكمة الدستورية العليا . أنظر دستورية عليا فى ١٩٨٦/٣/١ منشور فى أحكام المحكمة الدستورية العليا ـ ج ٣ سنة ١٩٨٧ ص ٤٤٠ ، و ٢١ و ١٢ ـ ١٩٨٥ ، المرجع السابق ص ٤٢٨ ، والمحكمة العليا فى ١٩٧٠/١١/٧ ، ١٩٧٢/٥/٦ ـ مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا القسم الثالث ص ٨ ، ٦٩ برقمى ٢ ، ١٤ .

الاختصاص ، ولا يوجد تنازع فى حالة رفع الدعوى أمام جهة من جهات القضاء فى الدولة وأمام جهة أخرى ليست لها سلطة القضاء ، مثل النيابة العامة التى لا تعتبر جهة قضاء فى مفهوم التنازع (٥٥) ٠

٢١٤ ـ صور تنازع الولاية :

لا ياخذ التنازع بشان الولاية ، صورة واحدة ، وانما تتعدد صوره ، فقد يكون ايجابيا ، وقد يكون سلبيا وقد يتمثل فى صدور أحكام متعارضة من جهتى قضاء مختلفتين ، وان كانت هذه الصورة الأخيرة لا تمثل صورة مستقلة للتنازع ، قائمة بذاتها وانما تعد مجرد تطبيق من تطبيقات التنازع الايجابى ، ولكن نظرا لأهميتها ، فاننا نؤثر دراستها على استقلال :

١ ـ التنازع الايجابى : conflit positif

وصورته أن تتمسك جهتان للقضاء بولايتها بنظر دعوى واحدة أو هو وعلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تكون الدعوى عن موضوع واحد قد طرحت أمام جهتين من جهات القضاء أو أى هيئة ذات اختصاص قضائى ولم تتخل احداهما عن نظرها (٥٦) . ويشترط لقيام هذه الصورة ما يلى :

ـ أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهتين مختلفتين للقضاء فى الدولة ، عند رفع الأمر الى المحكمة الدستورية العليا لتعيين الجهة ذات الولاية ، فان كانت الدعوى قد زالت أمام جهة منها واستنفدت ولايتها بشأنها ، فليس هناك تنازعا بشان الولاية ولو بقيت

---

(٥٥) دستورية عليا فى ١٩٨٦/٥/٣ ـ المكان المشار اليه ص ٤٤٤

(٥٦) دستورية عليا ١٩٨٦/٦/٢١ ، ١٩٨٤/٦/١٦ ـ المجموعة ج ٣ ص ٤٥٠ ، ٤١٥ ٠ أنظر فى شروط قيام التنازع الايجابى بشأن الولاية القواعد التى قررتها المحكمة العليا والمنشورة فى مجموعة أحكامها وقراراتها سنة ١٩٧٧ ج ٣ بأرقام ٢٥ ، ٣٢ ـ ٣٣ ، ٤١ ـ ٤٣ ص ١٣٠ ، ١٧٦ ـ ١٨١ ، ٢٢٢ ـ ٢٣٢

هذه الدعوى أمام الجهة الأخرى ولم يكن قد فصل فيها بعد (٥٧) . ويقال نفس الأمر بالنسبة لزوال الدعوى أمام احدى الجهتين ولو بحكم اجرائى قبل الفصل فى الموضوع ، مع استمرار الدعوى أمام الجهة الأخرى ، ولا يقبل طلب تعيين الجهة ذات الولاية من المحكمة الدستورية فى هذه الحالة ، اذ قد يأتى الحكم الثانى الذى يصدر من الجهة الثانية متفقا فى نتيجته مع الحكم الأول الصادر عن الجهة الأخرى ، الأمر الذى قد يغنى عن طلب رفع الأمر الى المحكمة الدستورية العليا (٥٨) .

ـ ان تتمسك كلا من الجهتين بولايتها بنظر الدعوى ، بمعنى آن تكون كل جهة قد قضت بولايتها بالفصل فى الدعوى فى دفع قدم اليها بانتفاء ولايتها ، فاذا قدم دفع بذلك الى جهة منها وقضت بعدم قبوله ، ولم يكن هذا الدفع قد قدم الى الجهة الاخرى ، أو قدم اليها ولكنها لم تفصل فيه بعد ، فلا نكون والحالة هكذا ـ أمام تنازع ايجابى بشأن الولاية . اذ قد تقضى الجهة الاخرى فى الدفع على نحو يتفق مع الحكم الصادر من الجهة السابقة (٥٩) .

---

(٥٧) اذ يجب ان تكون الخصومة قائمة فى وقت واحد أمام الجهتين المتنازعتين عند رفع الامر الى المحكمة الدستورية العليا ـ دستورية فى ١٩٨٦/٥/٣ ، المجموعة ج ٣ ، ص ٤٤٤ ، أول مارس سنة ١٩٨٦ ، ج ٣ ـ ص ٤٤٠ ، ١٩٨٣/٣/٧ ، المجموعة ، ج ٢ ص ٢٦٣ ، الجمعية العامة لمحكمة النقض « تنازع » فى ١٩٥١/٥/١٩ . مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ج ١ ص ١٥٤ رقم ١٣٤ وحكم المحكمة العليا فى ١٩٧٠/٢/٥ رقم ٤ ص ١٢ . ١٩٧٣/١١/١٢ رقم ١٦ ص ٨٠ ، أول مارس سنة ١٩٧٥ رقم ٢٨ ص ١٤٨ منشورة فى مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ انشائها ج ٣ سنة ١٩٧٧ . رمزى سيف ص ٢٠٣ فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٣٩ . وهذا ما قننه المشرع الايطالى صراحة فى المادة ٤١ منه أنظر زانزوكى ج ١ بند ٤٩ .

(٥٨) فتحى والى ـ الاشارة السابقة ـ ابراهيم سعد ص ٣٨٧ .

(٥٩) فتمسك احدى جهتى القضاء باختصاصاتها بالفصل فى المنازعة دون أن يثبت أن جهة القضاء الأخرى قد قضت باختصاصها فى المنازعة أو =

٢ - التنازع السـلبى : conflit négatif

وتتحقق هذه الصورة فى حالة ما اذا رفعت دعوى واحدة أمام جهتى قضاء ، وتتخلى كلتاهما عن ولايتها بنظر هذه الدعوى ، بأن قضت كل منهما بانتفاء ولايتها بشأنها ، لتصبح الدعوى هكذا بغير قاض ينظرها ، الأمر الذى يتطلب حلا من المحكمة الدستورية العليا لتحديد الجهة ذات الولاية بهذه الدعوى . ولكن تتحقق هـذه الصـورة يجب توافـر ما يلى :

- أن تكون الدعوى قد رفعت الى جهتين للقضاء وتخلت كلتاهمـا عن نظرها ، فان أصدرت جهة منهما حكما بانتفاء ولايتها بنظر هذه الدعوى ، ولم يصدر عن الجهة الأخـرى مثل هذا الحـكم من الجهـة الأخرى لأى سبب من الأسباب ، فلا نكون أمام حالة تنـازع سـلبى بشأن الولاية تتطلب تدخل المحكمة الدستورية .

- أن يكون الحكمان الصادران بانتفاء الولاية نهائيين ، فان كان أحدهما نهائى والآخر لم يصبح كذلك ، فلا يقبل طلب حل التنـازع فى هذه الحالة قبل صيرورة الحكم الثانى نهائيا ، اذ قد يغنى عن ذلك ، الطعن فى الحكم الثانى بالاستئناف بما يؤدى الى الغائه (٦٠) .

= مضت هى الأخرى فى نظرها مما يفيد عدم تخليها عنها ، لا يؤدى ذلك الى تحقق التنازع الايجابى على الاختصاص بين الجهتين (دستورية عليـا ١٩٨٣/٦/١١ ، المجموعة ، جـ ٢ ص ٢٦٧) . أنظر رمزى سيف - ص ٢٠٤ . أحمد أبو الوفا - بند ٣٥٤ . فتحى والى - الاشارة السابقة - محكمـة التنازع فى ١٩٦٦/٤/٩ س ١٧ ص ٤٧٥ والجمعية العمومية لمحكمة النقض (تنازع) فى ١٩٥١/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما جـ ١ رقم ١٢٧ ص ١٥٤ . وانظر القواعد التى قررتها المحكمة العليا بأرقام ٥ ، ١٧ ، ٢٣ ، ٢٧ ، ٢٩ - ٣٠ ، ٣٩ . ص ٧٣ ، ٨٣ ، ١١١ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٦١ ، ٢٢١ من مجموعة وقرارات المحكمة العليا - القسـم الثـالث سنة ١٩٧٧

(٦٠) أنظر فتحى والى - ص ٢٤١ وهامش (٣) - وقضت المحكمة العليا بأنه لا يشترط نهائية الأحكام الصادرة بالاختصاص أو بعدمه - أنظر أحكامها فى ١٩٧١/٧/٣ ، ١٩٧٥/١/٤ رقمى ٥ ، ٢٤ ص ٢٢ ، ١٢٠ المجموعة المشار اليها .

وقد يظن البعض أن حالة التنازع السلبى بشأن الولاية لا يتصور قيامها بعد صدور قانون المرافعات الجديد ، نظرا لما تنص عليه المادة ١١٠ بأن « على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها ، أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية .. وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها » . الأمر الذى لا يتصور معه قيام مثل هذه الحالة من التنازع ـ ولكن من المتصور بالرغم من ذلك قيام حالة التنازع السلبى بشأن الولاية ، حتى مع وجود هذا النص . ويكون ذلك فى فرضين :

ـ اذا لم تأمر احدى الجهات باحالة الدعوى تبعا للحكم بانتفاء الولاية ، ثم تقضى الجهة الأخرى بعدم ولايتها اذا ما رفعت اليها الدعوى بعد ذلك بصحيفة جديدة .

ـ وحتى اذا ما أحالت احدى جهات القضاء الدعوى ، تبعا للحكم بانتفاء الولاية ، الى الجهة ذات الولاية ، فمن المتصور أن الجهة الثانية قد تقض أيضا بعدم ولايتها بنظر الدعوى ولا تفصل فيها احتراما لحكم الاحالة .

فقد ذهب الرأى الراجح الى أن المحكمة الثانية تلتزم بحكم الاحالة ولكن فى حدود الأسباب التى بنى عليها الحكم الصادر بانتفاء الولاية (الاختصاص) ، وعلى ذلك فان رأت المحكمة المحال اليها عدم ولايتها (اختصاصها) لسبب آخر كان لها أن تقضى أيضا بعدم ولايتها وتأمر باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة (ذات الولاية) (٦١) .

---

(٦١) فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٥٦٨ بند ٢٣٦ . ابراهيم سعد بند ٢١٣ ص ٥٢٥ . أبو الوفا بند ٢١٥ ص ٢٢٦ . محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٧ . مع ملاحظة أن حجية الاحالة تمتد الى الاساس القانونى الذى بنى عليه الحكم ، فان كانت الاحالة قد بنيت على أساس قيمة معينة للدعوى ، فان المحكمة المحال اليها تتقيد هى الأخرى بهذه القيمة ولو كان التقدير خاطئا طالما لم يطعن فيه (نقض ١٩٧٢/٥/٩ س ٢٣ ص ٨٢٨ . محكمة القضاء الادارى ١٩٧٠/١/١١ مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة القضاء الادارى س ٢٤ ص ١٨٦ ؛ المحكمة الادارية العليا

٣ - صدور حكمين قضائيين متناقضين من جهتين للقضاء :

وقد أشرنا سلفا بأن هذه الصورة ، تمثل تطبيقا من تطبيقات التنازع الايجابى بشأن الولاية ، لأنها تفترض أن كل جهة قد قضت بولايتهـا بالدعوى ، وفصلت فى موضوعها ، على نحو يتعارض مع ما توصلت اليه الجهة الأخرى ، الأمر الذى يتطلب تدخلا لحل هذا التنازع وصولا الى الحكم الذى يمكن تنفيذه . ولكى يقبل هذا الطلب فلابد من توافـر ما يلى :

- أن يكون التنازع واقعا بشأن حكمين قضائيين بالمعنى الفنى . فلا يقبل طلب حل التنازع الواقع بين حكم قضائى وعمل لا يعد كذلك ، كأن يكون عملا ولائيا صادرا من جهة قضاء (٦٢) . وبداهة يشترط أن يكون الحكمان صادرين من جهتى قضاء مختلفتين .

- أن يكون الحكمان القضائيان متناقضين . بمعنى أن يكون كلاهما قد فصل فى موضوع الدعوى على نحو يتعارض مع ما قضى به الآخـر ، بحيث تكون هناك صعوبة فى تنفيذهما (٦٣) ، ومن ثم فان فصـل حكم فى موضوع الدعوى بينما اقتصر الثـانى على مجـرد اتخاذ اجراء وقتى أو تدبير تحفظى ، فليس ثمة نزاع بينهما (٦٤) ونفس الشىء بالنسبة لما اذا كان أحدهما صادرا فى الموضوع من احدى الجهتين

=

١٩٧٤/٥/١١ س ١٨ ص ٣٣١ . ادارية عليا ١٩٧٨/١/٢٨ طعن ٩٥ لسنة ٢١ قضائية . عكس ذلك ادارية عليا ١٩٧٨/٣/٢٥ الطعن ١٣١ لسنة ٢٠ قضائية . ادارية عليا ١٩٧٨/٣/٢٦ طعن ٣٣ س ١٩ . أنظر عرضا لهذه الأحكام واتجاهات المحكمة الادارية العليا فى هذا الخصوص . أحمد السيد صاوى - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٦٢) فتحى والى - ص ٢٣٩ الوسيط .

(٦٣) فتحى والى - الاشارة السابقة . ابراهيم سعد ص ٣٨٩ ، دستورية عليا ١٩٨٤/١/٢١ ، المجموعة - ج ٣ - ص ٣٨٠ ، دستورية عليا ١٩٨٤/٣/٣ ، المجموعة - ج ٣ - ص ٣٩٠ .

(٦٤) دستورية عليا ١٩٨٣/٥/٧ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ١٩٨٣ . محكمة التنازع ١٩٥٨/١/٢٥ النقض س ٩ ص ٨ .

بينما الآخر قد صدر قبل الفصل فى الموضوع (٦٥) . وكذلك الأمر لو اختلف المحكوم به والطرف الملتزم بالتنفيذ فى كل من الحكمين عن الآخر فلا يوجد هنا ثمة تعارض بين تنفيذ أحدهما عن تنفيذ الآخر ، ومن ثم لا يقبل طلب حل التنازع بينهما (٦٦) .

ــ أن يكون الحكمان نهائيين عند رفع طلب حل التنازع (٦٧) ، وأن يكونا قائمين حتى وقت رفع الطلب ، فاذا لم يكن أحدهما نهائيا ، فيجب استنفاد طرق الطعن فيه قبل رفع طلب حل التنازع ، نظرا لاحتمال الغاء الحكم فى الاستئناف دون الرجوع الى المحكمة الدستورية . ويشترط كذلك أن يكون الحكمان قائمين عند طلب حل التنازع ، فان كان أحدهما قد تم تنفيذه بالفعل قبل الآخر ، فلا تقوم حالة التنازع حول التنفيذ (٦٨) .

وقد أجملت المحكمة الدستورية العليا هذه الشروط بقولها « أن مناط طلب الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين هو أن يكون أحد الحكمين صادرا من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها ، وأن يكون الحكمان قد حسما النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معا (٦٩) فاذا كان قد تم الغاء أحدهما من الجهة التى أصدرته ، فلا يوجد تنازعا ، ومن ثم فلا محل لطلب حل له » (٧٠) .

---

(٦٥) أنظر فتحى والى ــ ص ٢٤٠ .

(٦٦) دستورية عليا ١٩٨٣/١١/١٩ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ .

(٦٧) محكمة التنازع ١٩٥٨/١/٢٥ ــ س ٩ ص ٨ .

(٦٨) دستورية عليا ١٩٨٣/١٢/١٨ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٨١ .

(٦٩) جلسة ١٩٨٥/١/٥ ــ المجموعة ــ ج ٣ ــ ص ٤٢١ ، ١٩٨٤/١/٢١ ــ المجموعة ذاتها ــ ج ٣ ، ص ٣٨٠ ، ١٩٨٤/٣/٣ ــ ج ٣ ، ص ٣٩٠ .

(٧٠) أنظر « تنازع الاختصاص » ١٩٦٢/١٢/٢٤ مجموعة النقض س ١٣ ، ص ٨٨٩ . ويلاحظ أن المحكمة العليا قد اشترطت لقبول حل التنازع ، أيضا ألا يكون الحكمان أو أحدهما قد تم تنفيذه ، فان كان أحدهما قد تم تنفيذه ، فلا يتصور قيام التنازع بين الحكمين ، ومن ثم فلا محل لرفع

المطلب الثـــالث

وسيلة حل التنازع بشأن الولاية

٢١٥ ـ المحكمة المختصة :

اذا كان التنازع فى الولاية ، نتيجة طبيعية لتعدد جهات القضـاء العاملة فى الدولة ، فان ذلك يتطلب من المشرع أن يحدد وسيلة لرفع هذا التنازع ، حرصا منه على ايجاد قاض ليفصل فى الدعوى ، وحرصا على ايجاد قاض واحد تكون له الولاية بالفصل فى المسألة .

ولما كان النزاع فى الولاية يقوم بين جهتى قضاء ، فمن المنطقى ألا تستأثر احداها بالفصل فى المنازعة ، حتى لا تكون خصما وحكما فى آن واحد ، وانما يجب أن يوكل الأمر الى جهة محايدة تماما لا تنتمى الى أى من جهات القضاء فى الدولة .

وتحقيقا للحياد الكامل (٧١) فيمن يتولى الفصل فى مسائل تنازع الولاية بين جهات القضاء فى الدولة ، فقد أنشأ المشرع بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ محكمة عليا أولاها هذه المهمة بجانب غيرها . وقد ألغيت هذه المحكمة بعد عشر سنوات من عملها لتحل محلها المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والتى كان الدستور المصرى قد نص عليها واعتبارها هيئة قضائية مستقلة (م ١٧٤ من الدستور) . وأصبحت المحكمة الدستورية العليا هى جهة القضاء للفصل فى مســـائل الولاية القضائية (٧٢) وتفسير القوانين والرقابة على الدستورية .

= الأمر اليها لحل التنازع (أنظر حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٧/١٢ فى الدعوى رقم (١) لسنة ٧ قضائية والمنشور فى مجلة المحاماة س ٥٨ ، العددان الأول والثانى ص ٢٧ . وانظر فى نقد هذا الحكم فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٤٠ ـ ٢٤١ .

(٧١) وهو الأمر الذى لم يكن مراعى قبل انشاء المحكمة العليا د. محمود هاشم ـ الطبعة الأولى ـ جـ ١ ، ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٧٢) دستورية عليا ١٩٨٤/٦/١٦ ، مجموعة المحكمة الدستورية ، جـ ٣ ، ص ٤١٥ .

وهذه المحكمة ـ كما نعلم ـ جهة قضائية مستقلة ، وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ، ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها . والذين يعينون من بين الفئات التى حددتها المادة الرابعة من قانون انشائها ، على ألا يقل سن من يعين منهم عن خمسة وأربعين عاما ، وهم غير قابلين للعزل .

٢١٦ ـ اجراءات طلب حل التنازع :

يعطى القانون لكل ذى شأن أن يطلب الى المحكمة الدستورية العليا بدعوى مبتدأة ترفع بالأوضاع المعتادة المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (٧٣) طالبا تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى فى حالة التنازع الايجابى أو السلبى بشأن الولاية (م ٣١) . واذا كان التنازع بشـــأن صدور تنفيذ حكمين متناقضين ، فيكون أيضا لكل ذى شأن أن يطلب الى المحكمة الدستورية العليا الفصل فى هذا النزاع ، ويجب أن يبين فى الطلب النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين . ويجب أن تكون الدعوى موقعا عليها من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة أو عضو بادارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال ، ويرفق بالدعوى صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع فى شأنهما التنازع أو التناقض والا كان الطلب غير مقبول (٧٤) . (أنظر هذه الأحكام فى المواد ٣١ ، ٣٢ ، ٣٤ من قانون المحكمة) ومن هذا يتضح لنا ، أن طلب حل التنازع لا يرفع الا بدعوى تودع قلم كتاب المحكمة ، فلا يتم بناء على قرار احالة من احدى المحاكم الى المحكمة الدستورية العليا مباشرة ، لأن الاحالة كطريق لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا مقصور على الحالة الاستثنائية الواردة بالمادة ٢٩/أ من قانون المحكمة الدستورية الخاصة برفع دعوى الدستورية (★) .

---

(٧٣) راجع نص المادة ٢٨ من قانون المحكمة التى تحيل الى قواعد المرافعات فيما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة .

(٧٤) دستورية عليا ١٩٨١/١١/٧ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٣١ .

(★) أنظر حكم المحكمة الدستورية الصادر فى ١٩٨٤/٤/٧ ، ج ٣ ص ٣٩٥ .

٢١٧ ـ أثر تقديم طلب حل التنازع :

يرتب على تقديم طلب تعيين الجهة ذات الولاية (المختصة) وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فى الطلب (٣/٣١) ، ويمتنع اتخاذ أى اجراء فيها وذلك بقوة القانون (٧٥) . أما فى حالة التناقض الواقع بشأن حكمين ، فان لرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوى الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل فى النزاع . (م ٣/٣٢) (٧٦) .

٢١٨ ـ نظر القضية والحكم فيها :

يقوم قلم كتاب المحكمة بقيد الدعاوى والطلبات المقدمة الى المحكمة فى يوم تقديمها ، ويجب عليه اعلان ذوى الشأن (٧٧) عن طريق المحضرين بالدعاوى أو الطلبات فى مدى خمسة عشر يوما من تاريخ القيد (م ٣٥).

---

(٧٥) وان كان من الأوفق منطقيا الا يكون الوقف بقوة القانون ، وانما بقرار من رئيس المحكمة الدستورية الذى يستطيع بلا شك تقدير المصلحة فى وقف الدعوى أو استمرارها على نحو يتفق مع الصالح العام . وذلك حتى لا يستطيع الخصم سىء النية . فى محاولة لعرقلة الفصل فى الدعوى، محاولا التحايل برفع ذات الدعوى المرفوعة عليه الى جهة قضاء أخرى ، ثم يقوم بعد ذلك بطلب تحديد الجهة ذات الولاية ، فتقف الدعوى بقوة القانون (أنظر فى هذا النقد رمزى سيف بند ١٦٧ ص ٢٠٨ . فتحى والى قانون القضاء المدنى ص ٤١٣ والوسيط ص ٢٤٣ بند ١٣٠) .

(٧٦) ولا تستطيع المحكمة الدستورية العليا ان تأمر بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما من تلقاء نفسها على عكس ما كان مقررا فى ظل المحكمة العليا الملغاة . .

(٧٧) تنص المادة ٢/٨٨ مرافعات على وجوب تدخل النيابة فى الطلبات أمام محكمة التنازع . ولما الغيت هذه المحكمة وقامت المحكمة العليا وصدر قانون الاجراءات أمامها ١٩٧٠/٦٦ ، فقد نصت المادة ٣/٣ منه على أن النيابة العامة تعتبر من ذوى الشأن متى كان الطلب متعلقا بالفصل فى دستورية قانون عقابى أو بوقف تنفيذ حكم صادر عن هيئات التحكيم ، مما أدى الى القول بمفهوم المخالفة الى أن النيابة لا تعد من ذوى الشأن حتى تعلن بدعوى طلب الولاية . أو حل التعارض بين الأحكام القضائية . وذلك لأن هذا القانون لاحق على قانون المرافعات . ولما الغى قانون اجراءات

وكل من أعلن بالعريضة أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسه عشر يوما من تاريخ الاعلان مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات • ويكون لخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد السابق . ويكون للخصم الأول التعقيب على الرد بمذكرة خلال ١٥ يوما التالية (م ٣٨) •

وبعد انتهاء المواعيد المتقدمة ، يقوم قلم الكتاب بعرض ملف الدعوى على هيئة المفوضين مباشرة التى تتولى تحضير الموضوع وايداع تقريرها تحدد فيه المسائل المثارة ، الدستورية أو القانونية ، ورأيها فيها مسببا . ويحدد رئيس المحكمة خلال أسبوع من ايداع التقرير تاريخ الجلسة لنظر الدعوى ، يخطر بها قلم الكتاب ذوى الشان بخطاب مسجل بعلم الوصول •

وتحكم المحكمة فى الموضوع بغير مرافعة ، الا اذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية ، بحكم لا يقبل الطعن فيه بأى طريق .

=

المحكمة وصدر قانون المحكمة الدستورية العليا اعتبرت المادة ٣٥ منه الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية فحسب الأمر الذى قطع بأن النيابة العامة لم تعد من ذوى الشأن فى أى حالة من الحالات التى تعرض على المحكمة الدستورية العليا • وهذا ولا شك اتجاه غير موفق نتيجة حرمان النيابة العامة من الادلاء برأيها فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ولا شك أن الولاية القضائية وتوزيعها من الأمور المتعلقة بالنظام العام • أنظر فتحى والى - قانون القضاء ص ٤١٤ •

الباب الرابع

قواعد الاختصاص

Regles de Compétence

- انواع الاختصـــــــاص .
- طبيعة قواعد الاختصاص ومشاكلها .

تمهيـــد

التعريف بالاختصاص ووقت تحديده

٢١٩ ـ تعريف الاختصاص :

رأينا أن سلطة القضاء pouvoir de la juridiction تتولاها جهات القضاء فى الدولة . ويتولى المشرع توزيع ولاية القضاء Juridiction على هذه الجهات ، ويعد هذا التوزيع كما رأينا توزيعا للولاية . ولما كانت محكمة واحدة لا تستطيع مباشرة وظيفة القضاء المدنى فى كل ربوع الدولة ، فى جميع المنازعات ، فمن الضرورى أن يتألف هذا القضاء من محاكم متباينة فى النوع ، ومنتشرة فى مختلف مدن الجمهورية.. ومن هنا كان من الضرورى أن يقوم المشرع بتوزيع آخر ، أى بتوزيع ما يدخل فى ولاية كل جهة قضائية على المحاكم التى تتكون منها هـذه الجهة . محددا قدرا من ولاية هذه الجهة تباشره كل محكمة على حدة . وهذا النوع من التوزيع هو ما يعرف بالاختصاص Compétence الذى يقوم به المشرع وفقا لمعايير معينة . وعلى ذلك يمكن تعـــريف الاختصاص بأنه القدر من ولاية قضاء جهة معينة الذى يعطيـــه المشرع لمحكمة معينة من محاكم هذه الجهة (١) . فتحديد اختصاص محكمـــة

---

(١)

" La competenza é la parta (quantita, porzione) attribuita (o assegnata) in esercizio a ciascun organo (giudice). "

كيوفندا ـ مبادىء ص ٤٨٣ ، أوجوروكو ـ الاختصاص المدنى ص ٧٤٩

Rocco Ugo, la competenza civile, in Novissimo Digesto Italiano, III, Utet, 1959. p. 749.

وبنفس المعنى كوستا ـ وجيز بند ٨٩ ص ١٣٢ ، ليبمان ـ وجيز بند ٤٨ ص ١٠٧ جـ ١ ، ردنتى جـ ١ بند ٣٥ ص ١٤٧ ، زانزوكى جـ ١ بند ٤٥ ص ٢٥٧ ، ساتا ـ المرافعات ص ١٧ والذى يرى أن الاختصاص لا يكون الا بالنسبة للمحاكم العادية

" La competenza riguarda soltanto i rapporti fra i giudici ordinari la distribuzione della cause fra i vari giudici " p. 17. No. 8.

وبذات المعنى لوجواندريا ص ٤٠ بند ٢١ . فتحى والى ـ الوســـيط ـ

معينة انما يكون بتحديد القضايا التى تباشر بها المحكمة بشأنها سلطة القضاء ، فالاختصاص يمثل مجرد حدود Limiti لسلطة كل محكمة بالنسبة للمحاكم الأخرى التابعة لذات الجهة (٢) .

والاختصاص بهذا المعنى يختلف من ناحية ، عن فكرة الولاية giurisdizion والتى تثبت لجميع محاكم الدولة فى عمومها ، لأن معناها الصلاحية المجردة لمباشرة وظيفة القضاء (٣) فى حين أن الاختصاص فهو سلطة محكمة معينة فى مباشرة وظيفة القضاء بالنسبة لجزء معين من ولاية الجهة التابعة لها . ولهذا فالحكم الذى يصدر من محكمة لا ولاية لها بنظر المنازعة المتعلقة به يعد حكما منعدما لا يحوز حجية معينة ، بعكس الحكم الذى يصدر من محكمة خارج حدود اختصاصها يعد حكما حائزا لحجيته أمام المحاكم كافة ، طالما لم يطعن فيه ، أو استنفد طرق الطعن فيه (٤) . كما أن الاختصاص من ناحية أخرى يختلف عن

ص ٢٦٦ . ابراهيم نجيب ص ٤٢٤ . رمزى سيف بند ١٤٥ . أحمد السيد صاوى ص ١٦٩ . عبد المنعم الشرقاوى - بند ١٣٨ - العشماوى - ٢٧٨ وانظر لاكوست - موجز بند ٦٦٨ . جلاسون وتيسيه بند ١٩٤ . جارسونيه وسيزار برو بند ٧٥ .

(٢) انظر موريل ص ١٧٧ بند ١٩٤ الذى يعرف الاختصاص بأنه:

" Mesure dans lequelle, il (tribunal) peut exercer son pouvoir de juridiction ".

" M esura della giurisdizione " come dice il Mortara, cit. per Ugo Rocco, op. cit. p. 749. cit. no 1; zanzucchi.p; 257, No, 45; Micheli; corso, I. p. 144. No 33.

وانظر فتحى والى - ص ٢٦٦ - الوسيط بند ١٤٧ . ابراهيم سعد ص ٤٢٤ كيوفندا - مبادىء ص ٤٨٣ بند ٢٦ .

(٣) وفى ذلك يقول اوجوروكو

" mentre la giurisdizione é il potere spettante a tutti i magis. trati, considerati nel loro complesso, la compelenza é la giurisdi. zione spettante in concreto la singolo magistrato ". la compe tenza op. cit. p. 749.

وكيوفندا - مبادىء ص ٤٨٣ . وجدى راغب فهمى - رسالة - العمل القضائى ص ٥٩٩ .

(٤) وجدى راغب - رسالة ص ٦١٠ . وانظر نقض مدنى ١٩٧٤/١١/٣٦ س ٢٥ ص ١٣٨٦ .

التوزيع الداخلى فى المحكمة ، أى توزيع قضايا المحكمة على دوائرها المختلفة ، فلا يعد ذلك توزيعا للاختصاص ، **وانما مجرد توزيع** داخلى بقصد تنظيم العمل فى المحكمة (٥) .

٢٢٠ ـ وقت تحديد الاختصاص :

يتحدد الاختصاص بالنظـــر الى المركز **الواقعى** Sato di fatto وقت تقديم الطلب الى المحكمة (٦) . **أى بالنظر الى هذا** المركز فى اللحظة التى يباشر فيها الحق فى الدعوى ، ولا يؤثر فى الاختصاص التغيير الذى يحدث فى هذا المركز بعد ذلك ، وسواء كان بزيادة قيمة الدعوى أو نقصها ، أو كان بتغيير موطن **المدعى** عليه (٧) .

ولكن اذا جدت ظروف أو وقائع من شأنها عقد الاختصاص للمحكمة التى قدمت اليها الدعوى بعد أن كانت غير مختصة وقت المطالبـــة ، فلا يجوز ، والأمر كذلك ، لهذه المحكمة أن تقضى بعـــدم اختصاصها

---

(٥) فتحى والى ـ الوســـيط ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧ . ليبمـــان ج ١ ص ١٠٨ ـ ١٠٩ بند ٤٨ . نقض مدنى ١٩٧٤/١/٩ س ٢٥ ص ١٢٥ . ١٩٧٥/٢/١٢ س ٢٦ ص ٣٦٤ . ونقض ١٩٦١/١١/٢ س ١٢ ص ٦٣٣ .

(٦) أوجوروكو ـ الاختصاص المدنى بند ٣ ص ٧٥٠ ـ المقالة المشار اليها
Satta S. Commentario la Codice di Proc. Civ. I. 1959 p. 75e seg.
Andriole V. Rassegna di giurisprudenza sul Cod. Proc. Civ. I, 1954, p. 15e seg.

(٧) وهذا ما تنص عليه بالفعل المادة الخامسة من قانون المرافعـــات الايطالى . أنظر فى التعليق على هذه المادة ساتا ـ التعليق ج ١ ص ٧٥ وما بعدها . اندريولى ـ المرجع السابق ج ١ ص ١٥ وما بعدها . وانظر كذلك أوجوروكو ـ المقالة السابقة ص ٧٥٠ . كوستا ص ١٣١ ـ ١٣٢ . زانزوكى ج ١ ص ٢٥٩ بند ٤٧ . لوجواندريا ـ موجز ص ٣٩ بند ٢٠ . ساتا ، المرافعات ص ١٧ ـ فتحى والى الوسيط ص ٢٦٧ .

بنظر الدعوى ، وذلك اختصارا للوقت واقتصادا فى النفقات (٨) ، اذ لو قضت المحكمة بعدم اختصاصها ثم رفعت اليها الدعوى ثانية فانها — وقد أصبحت مختصة — لا تستطيع أن تقضى بعدم اختصاصها بنظرها .

٢٢١ — وفى دراستنا للاختصاص وقواعده : نبدأ بتحديد معايير الاختصاص أو أنواعه ، ثم نحدد طبيعة قواعده ، لدراسة مشاكل الاختصاص والتنازع فيه .

---

(٨) ليبمان — موجز بند ٤٨ ص ١٠٧ . ساتا — التعليق جـ ١ ص ٧٧ — ٧٨ رقم ٣ وراجع الاحكام التى أشار اليها المؤلف فى تعليقه . كوستا ص ١٣٢ بند ٩٠ وهامش ٧١ ، ٧٢ . أندريولى — المرجع السابق ص ١٦ — ١٧ . ميكيلى بند ٣٣ ص ١١٥ — ١١٧ فتحى والى — الوسيط ص ٢٦٧ — ٢٦٨ .

الفصل الأول

أنواع الاختصاص

٢٢٢ - تحديدها :

يقوم المشرع بتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة ، محددا جزءا لكل محكمة ، تباشر به وظيفة القضاء ، وعلمنا أن محاكم القضاء المدنى ليست من نوع واحد أو من طبقة واحدة ، كما أنها وان كانت من نفس النوع فهى منتشرة فى أماكن متفرقة ، موزعة على محافظات ومدن الدولة . واذا ما كان الأمر كذلك ، فمن الطبيعى أن يتم التوزيع على مرحلتين : أولا : تحديد ما اذا كانت المسألة تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية على أساس تدرج المحاكم Verticale ، ثانيا : تحديد أى من المحاكم الجزئية او الابتدائية المنتشرة فى المدن المختلفة تختص بالفصل فى هذه المسألة مكانيا (١) ويتولى المشرعبنفسه تحديد الاختصاص وفقا لمعايير Criteri محددة وقواعد منضبطة ، اما على أساس قيمة الدعوى أو نوعها ، ثم على أساس مكان المحكمة ذاته ، ليتنوع الاختصاص تبعا لذلك الى اختصاص نوعى ، واختصاص قيمى ، ثم اختصاص مكانى . ولكن الفقه الايطالى يضيف الى ذلك نوعا رابعا للاختصاص هو الاختصاص الوظيفى Competenza Funzionale (٢) ، ويصنف الفقه الايطالى

---

(١) أنظر ليبمان ج ١ ص ٤٩ ص ١٠٩ . كوستا - بند ٩٠ ص ١٣١

(٢) أنظر كيوفندا مبادىء ٥٢٥ - زانزوكى ج ١ ص ٢٨١ . كوستا ص ١٤٤ أوجوروكو المقالة السابقة - ميكيلى ص ١٤٣ . ولكن هذا الاختصاص الوظيفى ، يختلف عن ذلك الذى يطلق عليه الفقه التقليدى الاختصاص الوظيفى أو الولائى ، اذ يقصد بهذا الاختصاص فى نظر هذا الفقه هو توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها وهو ما تحدثنا عنه فيما سبق تحت عنوان ولاية القضاء (أنظر عبد الباسط جميعى مبادىء ص ١١ ، أحمد مسلم - أصول ص ١٨٣ - محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٣٥٥ ، رمزى سيف ص ١٨٤ . عبد المنعم الشرقاوى ص ١٧٦

معايير الاختصاص (٣) الى معيار موضوعى Criterio obbiettivo يتعلق بموضوع الدعوى ومعيـــــار وظيفى Funzionale بالنظر الى وظيفة المحكمة ، ومعيار مكانى Territoriale يتعلق بمكان المحكمة ، أما الفقه التقليدى (٤) . فيقسم هذه المعايير الى معيار نوعى يتخذ من طبيعة الدعوى أو قيمتها محددا للاختصاص ، ومعيار مكانى (محلى) بالاضافة الى الاختصاص الوظيفى أو الولائى لتوزيع ولاية قضاء الدولة على جهاته المتعددة .

وفى دراستنا لأنواع الاختصاص ، سوف نتحدث عنها فى قانوننا المصرى مع الاشارة الى تطبيقات المعيـــار الوظيفى الذى يضيفه الفقه الايطالى .

أحمد الســـيد صاوى ص ١٧١ . كوشيز ــ ص ٣٠ . جولى المدريه ــ ص ١٢٥ . فنسان بند ٢٣٣ ص ٢٩٤) ؛ أما الاختصاص الوظيفى فى نظر الفقه الايطالى فهو معيار لتوزيع ولاية قضاء الجهة على محاكمه المختلفة على أساس وظيفتها .

(٣) أنظر كيوفندا ــ مبادىء ص ٤٨٤ وما بعدها . كوستا ــ ص ١٣١ بند ٩٠ ميكيلى ص ١٢٧ بند ٣٧ . لنيمان ــ موجز بند ٤٩ . ساتا بند ٨ لوجواندريا بند ٢١ . أوجوروكو جـ ٢ ص ٤٦ وما بعدها .

(٤) جلاسون وتيسينه جـ ١ ص ٦٧٤ بنـــد ٢٦٢ ــ كورنى وفوييه ص ١٣١ . موريل بند ١٩٤ ص ١٧٧ .

المبحث الأول

الاختصاص القيمى

٢٢٣ ـ تقسيم :

يتخذ الاختصاص القيمى Competenza per valore من قيمة الطلب ، محل الدعوى ، أساسا لتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة (٥) . ودراسة هذا النوع من الاختصاص . تقتضينا البدء بتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه وفقا لقيمة الدعوى ، ثم نبين القواعد التى على أساسها يتم التقدير ، ما يدخل فيه وما يخرج عنه ، ثم لكيفية اجراء هذا التقدير .

المطلب الأول

توزيع الاختصاص القيمى

٢٢٤ ـ نصاب الاختصاص :

تنص المادة ٤٢ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠ على أن : « تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائيا فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه ، ويكون حكمها انتهائيا اذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسين جنيها » . كما تنص المادة ٤٧ مرافعات معدلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ على اختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا فى جميع الدعاوى التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، ويكون حكمها انتهائيا اذا لم تجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه (٦) .

---

(٥) التى تكون محاكم الدرجة الأولى ، اذ أن مجال الاختصاص القيمى انما يتجدد بخصومة الدرجة الأولى processo di cognezione (أنظر ليبمان موجز بند ٥٠ . أوجوروكو ـ مقالة ص ٧٥٢ بند ٦ . كوستا ص ١٣٤ بند ٩٢ .

(٦) وقد عدل المشرع بذلك النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية الى خمسمائة جنيه بعد أن كان ٢٥٠ جنيه . ولكنه لم يعدل النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى والذى ظل كما هو خمسون جنيها . بالرغم من توافر الحكمة التى اقتضت تعديل نصابه الابتدائى .

وهناك مشروع لتعديل قانون المرافعات ، اتجه فيه واضعوه الى رفع نصاب الاختصاص الابتدائى للمحكمة الجزئية الى خمسة آلاف جنيه ، والاختصاص الانتهائى لها خمسمائة جنيه .

يتضح لنا من ذلك ، أن المشرع قد وضع حدا لتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة وهو خمسمائة جنيه ، بحيث تختص المحاكم الجزئية بالفصل فيما لا يجاوزه ، والمحاكم الابتدائية فيما يجاوزه . ويمثل هذا النصاب فى الوقت ذاته النصاب الانتهائى للمحاكم الابتدائية حيث يكون حكمها ـ فيما تختص به ـ انتهائيا اذا تجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه .

وبعبارة أخرى تكون جميع الأحكام الصادرة فى الدعاوى التى تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية ، انتهائية لا تقبل الاستئناف ، متى كانت صادرة فى حدود النصاب الانتهائى لها ، سواء كانت هذه الدعاوى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية القيمى أو النوعى (٧) ، وذلك ما لم تكن هذه الأحكام باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة ، فيجوز استئنافها اعمالا للمادة ٢٢١ من قانون المرافعات ، استثناء ، أيا كانت قيمتها ، بشرط ايداع كفالة معينة عند الطعن فيها (٨) تصادر بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان .

أما الدعاوى التى تدخل قيميا أو نوعيا فى اختصاص المحاكم الجزئية ، اذا رفعت بطريق الخطأ الى المحكمة الابتدائية ، ولم تتنبه هذه المحكمة الى ذلك ولم تقض بعدم اختصاصها بنظرها وقضت فى

---

(٧) نقض ١٩٧٣/٣/٢٧ ، س ٢٤ ، ص ٤٩٠ .

(٨) فايداع الكفالة اجراء جوهرى لازم لقبول الاستئناف (نقض ١٩٨٤/١/٣١ فى الطعن ١٧٠٩ لسنة ٥٠ ق . نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق) . على أن محكمة النقض قد أجازت ايداع الكفالة عند تقديم صحيفة الطعن ، أو بعده ولكن خلال ميعاد الاستئناف (نقض ١٩٨٠/١/٣ فى الطعن ٦١٣ لسنة ٤٩ ق . ١٩٨٠/٥/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٤٦ ق) . عكس ذلك أحمد أبو الوفا ـ بند ٦٠٥ ص ٨٣٠ الذى يرى أن الكفالة لا يترتب على عدم ايداعها ثمة بطلان أو عدم قبول للاستئناف .

الموضوع ، فهل يجوز استئناف هذه الأحكام بالرغم من دخولها فى النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية ؟ أم لا يجوز ذلك ؟

لم يتعرض الفقه لهذه المسألة ، الأمر الذى دعانا الى التعرض لها فى طبعة سابقة من هذا المؤلف (٩) . وقلنا أن النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية لا يكون الا بالنسبة « للدعاوى التى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا ونوعيا . أما تلك الدعاوى التى لا تدخل فى اختصاصها وفقا لقواعد الاختصاص ، ورفعت اليها خطأ ، ولم تتنبه المحكمة الى ذلك وقضت فى الدعوى . فان حكمها يكون جائزا استئنافه ـ طبقا للقواعد العامة ـ ولو لم تتجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه ، وذلك حرصا على عدم تفويت درجة من درجات التقاضى على الخصم » .

وذكرنا أن هذا القول لا يتعارض مع نص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات ، اعتبارا بأن هذا النص ينحصر تطبيقه على الأحكام الصادرة فى الدعاوى التى تدخل أصلا فى اختصاص المحاكم الابتدائية وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٧ ذاتها التى تقضى باختصاص تلك المحاكم بالدعاوى التى تخرج عن اختصاص المحاكم الجزئية . وذلك لأن الفقرة الثانية معطوفة على الفقرة الأولى .

ومن ثم فان كل ما يدخل فى اختصاص المحاكم الأخيرة يخرج ـ دون شك ـ عن اختصاص المحاكم الابتدائية ، فلا تفصل فيه لا ابتدائيا ولا انتهائيا . فان تم ذلك بطريق الخطا . فانه يكون قد تم بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والتى لا يجوز مخالفتها ، الأمر الذى يؤدى الى استئناف الحكم الصادر فيها ولو كانت قيمة الدعوى مما تدخل فى النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية (١٠) ، وذلك وفقا للقواعد العامة ، وليس وفقا لنص المادة ٢٢١ مرافعات التى تجيز استئناف الأحكام الباطلة أو المبنية على اجراءات باطلة ولو كانت صادرة

---

(٩) أنظر مؤلفنا قانون القضاء المدنى ، ١٩٨١ ، جـ ١ ، ص ٣٢٩ ، بند ٢١٧ ، وهامش رقم ٩ .

(١٠) راجع نقض ١٩٦٢/٦/٢٤ ، مجموعة النقض ، س ١٣ ، ص ٧٠٢ .

بصفة انتهائية ، وذلك لأن استئناف الأحكام وفقا لهذه المادة ، لابد وأن يكون مصحوبا بايداع الكفالة المنصوص عليها والا كان الاستئناف غير مقبول (١١) .

وقد تبنت محكمة النقض رأينا هذا فى حكمين لها قررت فى أولهما أن « الأحكام الانتهائية الصادرة من المحكمة الابتدائية التى لا تتجاوز قيمتها على (النصاب المحدد) مناطها الدعوى التى تختص بنظرها استثناء من قواعد الاختصاص النوعى أو القيمى . فان خرجت ... عن ذلك فان الأحكام الصادرة فيها يجوز استئنافها » (١٢) ، وبذلك عدلت محكمة النقض عن قضاءها السابق فى هذا الخصوص .

ومن ناحية ثالثة فان المحكمة الابتدائية ، باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص الكلى الشامل Tribunal du droit commun تختص بالفصل فى كل الدعاوى غير المقدرة القيمة ، باعتبار أن قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه (م ٤١ مرافعات معدلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠) . أما المحكمة الجزئية فلا تختص قيميا الا بالدعاوى المقدرة القيمة والتى لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه .

وقد عرف هذا النوع من الاختصاص فى الفقه الاسلامى ، اذ يجوز أن يكون القاضى خاص النظر عام العمل ، أو عام النظر خاص العمل ، أو خاص النظر خاص العمل . وفى هذا يقول ابن قدامة : « يجوز أن يجعل حكمه فى قدر من المال ، نحو أن يقول : أحكم فى المائة فما دونها ،

---

(١١) راجع ذلك كله فى مؤلفنا المذكور ، ص ٣٣٩ هامش (٩) .

(١٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ فى الطعن ١٩٨٤ لسنة ٤٨ ق . وقررت فى الثانى أن « مناط نهائية الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى الدعاوى التى لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيها » .. أن تكون هذه الدعاوى فيما تختص المحاكم الابتدائية بنظره استثناء من القواعد العامة فى اختصاص المحكمة الابتدائية . فان خرجت عنها وكانت قيمتها لا تجاوز (مائتين وخمسين جنيها) فان الحكم الصادر فيها يكون غير نهائى جائز استئنافه (نقض ١٩٨٢/٩/١٠ فى الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤٨ ق) . قارن نقض ١٩٨٦/٦/١٢ فى الطعن ١١٣٩ لسنة ٥٣ ق . ونقض ١٩٨٤/١١/١٣ فى الطعن ٢١٠ لسنة ٥١ ق .

فلا ينفذ حكمه فى أكثر منها » . كما قال عمر بن الخطاب لقاضيه يزيد : « رد الناس عنى فى الدرهم والدرهمين » . كما قال عبد الله الزبيدى : « لم يزل الأمراء عندنا يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يحكم فى مائتى درهم وفى عشرين دينارا فما دونها » (١٣) .

المطلب الثانى

القواعد العامة فى تحديد قيمة الدعوى

٢٢٥ ـ تمهيـــد :

اذا كان المشرع قد اتخذ من القيمة الاقتصادية للدعوى أساسا لتوزيع الاختصاص بين محاكم الدرجة الأولى ، فكان لابد من ايجاد قواعد عامة ، تجب مراعاتها عند تقدير هذه القيمة ، وذلك لبيان ما يدخل فى هذا التقدير ما يخرج عنه ، والمعول عليه فى تقدير قيمة الدعوى هو القواعد التى حددها قانون المرافعات (١٤) ، وبديهى أن تختلف هـــذه القواعد بحسب ما اذا كان المطلوب فى الدعوى طلبا واحدا أو طلبات متعـــددة .

---

(١٣) أنظر ابن قدامة المغنى ، ج ٩ ، ص ١٠٥ ، الماردى ـ الأحكام السلطانية ، ص ٧٢ ـ ٧٣ . **البهوتى ـ كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٢٩١** . وتفصيلا محمود هاشم ـ القضاء ونظام الاثبات ، بند ٥٩ ، ص ٩٧ ، النظام القضائى الاسلامى ، **ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥** .

(١٤) نقض ١١/١١/١٩٧٥ ، س ٢٦ ، ص ١٣٩٤ . ولو تعارضت مع قانون الرسوم (**نقض ١٧/١٠/١٩٦٧ ، س ١٨ ، ص ١٥٢١**) .

الفرع الأول

وحدة الطلب فى الدعوى

٢٢٦ - اذا كان المطلوب فى الدعوى طلبا واحدا فيجب مراعاة القواعد الآتية :

١ - العبرة بقيمة المطلوب الحكم به :

يجب النظر - فى تحديد قيمة الدعوى - الى قيمة المطلوب الحكم به ، بغض النظر عن القيمة التى يحكم بها القاضى (١٥) . فليس من المنطق أن يتوقف تحديد الاختصاص على ما سوف يحكم به القاضى ، فقد لا يحكم بشىء ، كما لا يجب أن تتوقف قواعد الاختصاص ولا قابلية الحكم للاستئناف على ارادته ، فضلا عن أن القيمـــة يجب معرفتها وتقديرها قبل رفع الدعوى ، حتى يمكن رفعها الى المحكمة المختصة (١٦) ومن ثم فان دعوى التعويض نتيجة لفسخ عقد ، تقدر بمبلغ التعـــويض المطالب به بصرف النظر عما يحكم به القاضى بالفعل ، وأيا ما كانت قيمة الشىء محل العقد (١٧) . كما أن قيمة الدعوى لا تتأثر بالوسائل التى يقدمها الخصم تأييدا لطلبه ، فلو كانت مستندات الخصم تشتمل على حقوق تزيد فى قيمتها على ما يطالب به ، فلا تدخل هذه الحقوق الزائدة فى تقدير قيمة الدعوى (١٨) .

---

(١٥) فنسان بند ٢٧٦ ص ٣٤٦ . كيوفندا مبادىء ص ٤٩٣ - ٤٩٤ أحمد أبو الوفا بند ٣٠٧ ص ٣٥٩ . وانظر نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩ الطعن ٦ لسنة ٥٣ ق ؛ ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٤١٥ .

(١٦) فتحى والى - الوسيط ص ٢٦٩ . ابراهيم سعد ص ٤٥١ - ٤٥٢ أبجوروكو ص ٧٥٢ . كوستا ص ١٣٦ بند ٩٣

(١٧) فتحى والى - قانون القضاء المدنى بند ١٩٨ ص ٤٥٦ .

(١٨) أحمد أبو الوفا . بند ٣١٢ ص ٣٣٧ - ٣٣٩ . وقضت محكمة النقض بأن العبرة بالقدر المطلوب دون التزام بالعناصر التى بنى عليهـــا (نقض ١٩٨٦/٥/٨ فى الطعنين رقمى ٢٥٠٨ ، ٢٥٢٦ لسنة ٥٢ ق) ؛ كما قضت بأن طلب الطاعنة - رفض الدعوى تأسيسا على انكار توقيعهـــا على عقد بيع أو على أن العقد فى حقيقته وصية - لا يعتبر منها - بوصفها مدعى عليها - طلبا عارضا ، بل وسيلة دفاع تدخل فى نطاق المناضلة فى الدعوى الاصلية ، ويكون عدم الاعتداد به فى تقدير الدعوى صحيحـــا (نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ س ١٨ ص ١٥٢٤) . . . .

٢ ـ العبرة بقيمة المطلوب وقت رفع الدعوى :

يجب النظر ثانيا الى قيمة المطلوب فى الدعوى وقت رفعها ، بصرف النظر عما يطرأ عليها من تغييرات بعد ذلك ، زيادة أو نقصا . اذ أن تحديد القيمة يكون مطلوبا لتحديد الاختصاص بالدعوى ، والذى يجب معرفته عند رفعها (١٩) . فلو طالب المدعى بما قيمته ٤٧٠ جنيه ، فيجب عليه رفع دعواه الى المحكمة الجزئية ، والتى تظل مختصة بالفصل فيها ولو زادت القيمة الفعلية للدعوى ، بعد ذلك ، وتجاوزت حدود نصابها ، والعكس صحيح . وذلك حتى لا تتأثر قواعد الاختصاص وقابلية الأحكام للطعن فيها بتقلبات الأسعار صعودا وهبوطا (٢٠) .

٣ ـ العبرة بقيمة الطلب المتنازع فيه :

لا يدخل فى تقدير قيمة الدعوى الا ما يطلبه الخصم ويكون محلا للمنازعة . فاذا تعلقت الدعوى بجزء من حق دون باقى أجزائه ، فتقدر الدعوى بقيمة الجزء وحده . فاذا طالب دائن أحد مدينيه بنصيبه فى دين يقبل التجزئة ، فان قيمة نصيب المدين هى التى تمثل قيمة الدعوى. وفى ذلك تنص المادة ٤٠ على أنه « اذا كان المطلوب جزءا من حق قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء وحده » أما اذا نازع المدعى عليه فى الحق كله فتقدر الدعوى بقيمة الحق كله الذى أصبح محلا للمنازعة بشرط :

---

(١٩) أنظر أوجوروكو . الاشارة السابقة ؛ ميكيلى ص ١٢٩ . كيوفندا ـ ص ٤٩٥ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٧٠ ـ ٢٧١ (نقض ١٩٦٦/٦/١٤ ، س ١٧ ، ص ١٣٧٣) .

(٢٠) رمزى سيف ، ص ٢٥٩ . لوجواندريا ـ موجز ص ٣٤ بند ٢٣ . كوست بند ٩٢ ص ١٣٦ . وللخصوم تعديل طلباتهم أثناء نظر الدعوى وفى مذكرتهم أثناء حجز القضية للحكم ، متى كانت المحكمة قد رخصت بتقديمها فى [illegible] معين . وقدمت المذكرة خلال هذا الأجل واطلع عليها الخصم . ولا يمتنع على الخصوم تعديل طلباتهم الا بعد اقفال باب المرافعة ، والذى لا يعد مقفولا الا بانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات فى فترة حجز الدعوى للحكم (أنظر نقض ١٩٧٧/١٢/٧ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤١ ق ، ١٩٧٦/٢/٢٩ س ٢٧ رقم ١٥١ ص ٧٧٩ ، نقض ١٩٧٠/٦/٢ س ٢١ ، ص ٩٦١ ، ونقض فى ١٩٦٦/٢/٢٤ س ١٧ ص ٤٦٧) .

- ألا يكون الجزء المطلوب هو الجزء الأخير من الحق : فان كان الجزء المطلوب فى الدعوى هو الجزء الباقى من الحق ، فان الدعوى تقدر بقيمة هذا الجزء وحده ولو نازع المدعى عليه فى الحق بأكمله (٢١) اذ لا أهمية لهذه المنازعة بالنسبة لقيمة الدعوى .

- أن يكون المدعى ذا صفة فى النزاع الذى يثيره المدعى عليه فى الحق بأكمله (٢٢) : فاذا لم يكن للمدعى فى الدعوى صفة الا بالنسبة للجزء المطالب به ، فان الدعوى تقدر فى هذه الحالة بقيمة الجزء فقط ، اذ لا يتصور التمسك بحجية الحكم الصادر فى الكل قبل شخص لم يكن طرفا فى الدعوى . ومثال ذلك الدعوى المرفوعة بطلب صحة ونفاذ اقرار صادر عن عقد بيع صدر من بائعين اختصم أحدهما فى الدعوى دون الآخر ، فان الدعوى تقدر بما طلب فى نطاق حصـــة البائع المختصم فى القدر المبيع ولا تتعدى الى حصة البائع الذى لم يتم اختصامه (٢٣) .

٤ - العبرة بالطلبات الختامية للمدعى :

يعتد فى التقرير بالطلبات الختامية للمدعى ، اذ تنص المادة ١/٣٦ على أن التقدير يكون على أساس آخر طلبات الخصوم (٢٤) ، وعلى ذلك فاذا عدل المدعى من طلباته بالزيادة أو النقص ، فان التقدير يكون

---

(٢١) فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٠ . ابراهيم ســـعد ص ٤٥٤ أبو الوفا بند ٣١٣ ص ٣٣٩ نقض ١٩٥٣/١٢/٣ - المحاماة س ٣٥ ص ١٠٦٨

(٢٢) ابراهيم سعد - الاشارة السابقة - أبو الوفا - الاشارة السابقة .

(٢٣) أنظر ابراهيم سعد ص ٤٥٤ . رمزى سيف بند ٢٢٩ ص ٢٧٣ . نقض ١٩٥٧/٤/٢٥ س ٨ ص ٤٥١ .

(٢٤) راجع أحكام نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ فى الطعن ٤٢٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٤/٩ فى الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١١/١٢ فى الطعن رقم ٧٠٦٥ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٦/٥/٢١ فى الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٥٢ ق اغفال المدعى فى مذكرته الختامية بعض الطلبات التى أوردها بصحيفة افتتاح الدعوى . فصل المحكمة فى الطلبات الأخيرة قضاء بما لم يطلبه الخصوم . نقض ١٩٨٧/٤/٩ فى الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥٣ ق . نقض ١٩٨٤/١١/١٣ فى الطعن ٢١٠ لسنة ٥١ ق ، ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٦٩ ، ١٩٦٦/٦/١٤ ، ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٣٧٣ ، ١٤١٥ ونقض ١٩٦٨/٥/٩ س ٢٩ ص ٩٢٤ .

على أساس آخر الطلبات ، فاذا عدل المدعى مثلا من طلباته أمام المحكمة الجزئية الى ما قيمته ٥٤٠ جنيه بعد أن كانت ٤٥٠ جنيه ، فتقدر الدعوى بـ ٤٥٠ جنيه لتدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، والعكس صحيح كما رأينا . ولكن يشترط فى هذه الطلبات أن تكون معدلة من الطلب الأصلى ، فان كانت غير ذلك ، بأن كانت جديدة اعتبرت طلبات عارضة بطبق بشأنها ما يطبق على الطلبات العارضة (٢٥) . كما يشترط ألا يكون التعديل لمجرد التحايل على قواعد الاختصاص أو نهائية الحكم(٢٦) كما يشترط ألا تكون الطلبات الختامية مندمجة فى الطلب الأصلى ، اذ ان الطلبات المندمجة لا تؤثر فى تقدير قيمة الدعوى (م ٢/٣٨) ، ومن أمثلة الطلبات المندمجة شطب الرهن فى دعوى براءة الذمة ، أو الغاء الحجز فى دعوى براءة الذمة من دين الأجرة . لأن القضاء فى الطلب الأصلى قضاء فى الطلب الأخر ، ومن ثم لا يجوز أن يكون للطلب الثانى كيان مستقل (٢٧) ، ويشترط لذلك - كما هو واضح - أن يكون القضاء فى الطلب الأصلى قضاء فى الطلب المندمج ، وألا يقوم نزاع خاص حول هذا الطلب الأخير ، فان قام هذا النزاع وجب تقدير الطلب المندمج تقديرا مستقلا . الا أن رأيا قد ذهب - وبحق - الى اعتبار الطلب المندمج طلبا غير قابل للتقدير ، وملحق بالطلب الأصلى ، وعليه لا تحسب قيمته فى تقدير قيمة الدعوى لهذا السبب (٢٨) .

---

(٢٥) نقض ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٤١٥ . ابراهيم سعد - ص ٤٥٥ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٤ .

(٢٦) أنظر محمد كمال عبد العزيز - ص ١٤٠ ونقض ١٩٧١/٣/١٨ س ٢٢ ص ٣٣٤ .

(٢٧) أنظر نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ س ٢٦ ص ١٦٧٣ . وانظر نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق . كما لا يكون للطلبات المرتبطة تقدير مستقل . نقض ١٩٧٥/٦/٣٠ الطعن ٣٢ لسنة ٤١ قضائية .

(٢٨) ومن ثم يستوى أن يثار بشأنه نزاع خاص به أم لا . على خلاف المذكرة الايضاحية . أنظر هذا الرأى فى رمزى سيف بند ٢٣٦ ص ٢٨٣ - فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٤ . قارن أبو الوفا - المرافعات ، ص ٣٦٥ هامش (٢) .

٥ - ملحقات الطلب الأصلى :

يدخل فى تقدير القيمة كمحدد للاختصاص ما يكون مستحقا يومئذ (يوم رفع الدعوى) من الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة ، وكذا طلب ما يستجد من الأجرة بعد رفع الدعوى الى يوم الحكم فيها ، وفى جميع الحالات يعتد بقيمة البناء أو الغراس اذا طلبت ازالته (م ٣٦) .

يتضح أن ملحقات الطلب الأصلى وتوابعه تدخل فى التقدير لتحديد القيمة التى يتحدد على أساسها الاختصـــــاص ، ولكن بتوافر شروط معينة هى :

- **أن تكون هذه الملحقات قد طلبت من المدعى (٢٩)** : وذلك تطبيقا لقاعدة العامة فى أن التقاضى يتقيد بطلبات الخصوم ، ولا يحكم بما لم يطلبوه ولا بأكثر مما طلبوه .

- **أن تكون الملحقات مقدرة القيمة أى قابلة للتقدير** : فان كانت غير ذلك ، فلا تدخل فى تقدير قيمة الدعوى ، التى تتحدد فقط بقيمة الطلب الأصلى ، مثال ذلك طلب تسليم العين المؤجرة تبعا لطلب فسخ عقد الايجار . ولكن يستثنى المشرع من هذا الشرط حالة طلب ازالة البناء أو الغراس فى حالة رفع دعوى تقرير الملكية . فاذا حدث واغتصب شخص عقارا مملوكا للغير ، وأقام عليه بناء أو غراس ، ثم رفع المعتدى عليه دعوى ثبوت الملكية ، فانه يطلب عادة ازالة البناء الذى تم ، أو الغراس الذى غرس . فهل تقدر الدعوى بقيمة العقار فحسب ، أم يدخل فى التقدير قيمة البناء أو الغراس (٣٠) ؟ لا شك أن ازالة البناء أو الغراس

---

(٢٩) فتحى والى - الوسيط ص ٢٧١ . وانظر كوستا ص ١٣٧ - ١٣٨ بند ٩٤ فالعبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به . نقض ١٩٧٤/٢/٢١ م س ٢٥ ص ٣٩٠ .

(٣٠) أنظر احمد مسلم . مقاله حول « تقدير الدعوى المضمنة طلب ازالة بناء تبعا لطلب أصلى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٩ ص ٩٩٦ وما بعدها .

يعتبر من ملحقات الطلب الأصلى غير المقدرة القيمة ، مما كان ينبغى معه القول بعدم دخولها فى التقدير ، لولا أن المشرع نص صراحة على دخول قيمتها فى التقدير مع الطلب الأصلى . وذلك على اعتبار أن هذا الطلب قابل للتقدير ، ويقدر بقيمة الشىء المطلوب ازالته (٣١) .

- **أن تكون الملحقات مستحقة الأداء وقت رفع الدعوى** : فان لم تكن كذلك عند المطالبة القضائية فلا تدخل فى التقدير . وعليه لا تدخل الفوائد فى التقدير الا اذا كانت مستحقة الأداء عند المطالبة القضائية ، ولا تدخل تلك التى تستحق بعد ذلك وحتى الحكم فى الدعوى . وكذلك التعويضات ، فيجب أن تكون أيضا مستحقة الأداء عند رفع الدعوى ، أى أن تكون عن ضرر تم قبل هذا . أما المصاريف فلا يقصد بها مصاريف الخصومة التى بدأت بالطلب ، وانما المصاريف الأخرى مثل مصاريف حراسة الشىء محل النزاع ، أو المحافظة عليه (٣٢) .

ويستثنى المشرع من هذا الشرط ، حالة واحدة ، وهى طلب ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى الى يوم الحكم فيها ، فى حالة المطالبة بالأجرة المتأخرة فى ذمة المستأجر ، وذلك على اعتبار أن ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى يعد جزءا من الطلب الأصلى وهو الأجرة المتأخرة (٣٣) .

---

(٣١) فتحى والى - الوسيط - ص ٢٧٣ . وقضت محكمة النقض بأن طلب تسليم الأرض خالية مما عليها من مبان ينطوى على طلب ازالتها مما يوجب الاعتداد بقيمة المبانى فى تقدير قيمة الدعوى (نقض ١٩٨٣/٢/٢٠ س ٣٤ ص ١١٢ - ٥٠٧ .

(٣٢) فنسان بند ٢٧٦ ص ٣٤٩ . موريل بند ٢٤٩ - فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٢ .

(٣٣) اذ أن ما يستجد من أجرة لا يعتبر من قبيل الملحقات ، ومن ثم فلا يأخذ حكمها ، وانما يجب احتسابه دون أن يؤثر على الاختصاص ، ولكن لاحتسابه أهمية فى القابلية للاستئناف (أحمد مسلم - ص ٢١٤ بند ٢٠٨)

الفرع الثانى

تعــدد الطلبــات

٢٢٧ - ما تقدم من قواعد كان بالنسبة لما اذا كان الطلب المرفوع به الدعوى واحدا . أما اذا كان هناك طلبات متعددة ، فلا شك أن قواعد أخرى يجب تطبيقها . والتعدد قد يكون موضوعيا ، وقد يكون تعددا فى اشخاص الدعوى ، أى الخصوم فيها .

٢٢٨ - التعدد الموضوعى :

أى الحالة التى تتعدد فيها طلبات المدعى ضد المدعى عليه ، وقد يكون هذا التعدد بسيطا وقد يكون موصوفا .

أ - التعدد البسيط :

ويقصد به تعدد الطلبات الأصلية فى الدعوى والمقدمة من المدعى فى مواجهة المدعى عليه ، ويطلق عليه البعض التعدد الاستقلالى (٣٤). ويحكم هذا النوع من التعدد قاعدة بسيطة أيضا مؤداها ضرورة الرجوع الى السبب الذى تستند اليه هذه الطلبات ، فان كانت تستند جميعها الى سبب واحد فتقدر الدعوى ، والحال كذلك بقيمة الطلبات كلها ، أما اذا تعددت الأسباب القانونية التى تستند اليها الطلبات ، يكون التقــدير باعتبار قيمة كل منها على حدة (م ١/٣٨) (٣٥) وعلى ذلك فاذا رفعت الدعوى للمطالبة بعدة أقساط من الأجرة ، أو التأمين ، فان الدعوى تقدر بقيمة مجموع الأقساط كلها المطالب بها نظرا لوحدة السبب القانونى لها وهو عقد الايجار (٣٦) أو عقد التأمين . أما اذا تعددت أسباب الطلبات ، اعتبر كل طلب بسببه كما لو كان دعوى قائمة بذاتها ، تقدر بقيمة المطلوب

---

(٣٤) أحمد مسلم - أصول بند ٢٠٧ ص ٢١٥ . ابراهيم سعد ص٤٥٨

(٣٥) أنظر كيوفندا - مبادىء ص ٤٩٦ . أوجوروكو - مقالة ص ٧٥٣ ، نقض ١٩٨٦/١١/١٣ فى الطعن ١٤٨٩ لسـنة ٥٣ ق ، ١٩٧٨/٣/١٨ س ٢٩ ، ص ٨٠٥ .

(٣٦) نقض ١٩٦٦/٦/١٤ س ١٧ ص ١٣٧٣ . أحمد مسلم - الاشارة السابقة نقض ١٩٦٨/٢/١٤ س ١٩ ص ٢٩٠ نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س ٢١ ص ٤٨٤ .

فيها ، ولو جمعت هذه الدعاوى فى دعوى واحدة ، مثال ذلك كما لو طالب شخص آخر بدفع أجرة الشىء المؤجر ، وبدفع ثمن ما باعه له من منقولات ، فتقدر قيمة الدعوى هنا بقيمة كل طلب على حدة نظرا لاختلاف السبب فى الطلبين (٣٧) . ويعتبر السبب مختلفا ولو كان من نفس النوع ، مثال ذلك حالة ما اذا أبرم شخص عقد عمل مع آخر ، ثم أبرم العامل نفسه عقد عمل آخر مع رب العمل ذاته لفترة اخرى ، فاذا رفع العامل دعوى للمطالبة بالأجرة المستحقة له عن الفترتين ، فلا تجمع قيمة الطلبين لتقدير الدعوى لاختلاف سبب كل منهما ، وان كانا من طبيعة واحدة وهو عقد العمل (٣٨) وكذلك لو اقترض شخص من آخر مبلغين من النقود بعقدى قرض فى مناسبتين مختلفتين (٣٩) .

واذا كانت القاعدة فى هذه الحالة تدور حول وحـــدة السبب او تعدده الذى تستند اليه الطلبات ، فما هو المقصود بالسبب فى هذا الخصوص ؟

يذهب الرأى الراجح (٤٠) الى أن السبب le cause هو الاساس

---

(٣٧) احمد مسلم ـ ص ٢١٥ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٧٦ . وكذلك شراء الطاعنين الأطيان المشفوعة بموجب عقدين مستقلين صادرين من بائعين مختلفين . فالدعوى بطلب أخذ الأطيان بالشفعة اعتبارهـــا منتظمة لدعويين مستقلتين . وتقدر الدعوى بقيمة كل عقد على حدة (١٩٧٥/٦/١ س ٢٦ ص ١١٣٧) .

(٣٨) فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٤٦٧ .

(٣٩) محمد حامد فهمى ص ١٧٩ بند ١٧٣ . وهذا هو الرأى الراجح . انظر احمد مسلم ـ ص ٢١٥ هامش (١) . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٥٢ بند ٣٤٩ . ابراهيم سعد ص ٤٥٩ . أبو الوفا ـ بند ٣١٦ ، نقض ١٩٦٦/٢/١٠ س ١٧ ص ٢٦٩ ، ١٩٦٩/٦/٤ س ٢٠ ص ٨٦٨ . عكس ذلك عبد الفتاح السيد ـ الوجيز بند ٣٠٩ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١

(٤٠) أحمد ابو الوفا ـ بند ٣١٦ . عبد المنعم الشرقاوى ، شرح ص ٢٦٣ بند ١٦٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٥٣ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٧٦ . رمزى سيف ص ٢٧٩ بند ٢٣٥ . وانظر دراسة فى السبب مقالة لهشام صادق بعنوان « المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره ـ مجلة المحاماة أبريل سنة ١٩٧٠ ص ٧٦ وما بعدها ، وانظر فنسان بند ٣٨٣ ، كورنو وفوييه ص ٤٠٥ . عزمى عبد الفتاح ـ أساس الادعاء أمام القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

القانونى الذى تبنى عليه الدعوى ، أى الواقعة القانونية المنشئة للحق المطالب به فى الدعوى ، عقدا كان أو غير عقد (٤١) .

ويختلف السبب بهذا المعنى عن الوسائل والأدلة les moyens التى يقدمها المدعى تأييدا لدعواه . اذ أن هذه الوسائل قد تكون قانونية وقد تكون واقعة (٤٢) ، فهذه الوسائل أو الأدلة لا شأن لها بوحدة السبب القانونى أو تعدده . ومن ثم فسبب طلب تخفيض الأجرة هو تحديد الأجرة القانونية الواجبة ، ومن ثم فاذا استند المدعى فى طلبه الى نص قانونى معين ، فان ذلك لا يمنع المحكمة من أعمال نص قانونى آخر دون أن يعتبر ذلك تغييرا منها لسبب الدعوى (٤٣) .

وكذلك لا شأن لوحدة السبب أو تعدده بوحدة السند او تعدده ، فقد يتضمن السند الواحد أكثر من سبب قانونى ، كما أن السبب الواحد يمكن أن يفرغ فى أكثر من سند (٤٤) ، ومن ثم فاذا رفع شخص دعوى على آخر ، يطالبه بثمن ما باعه له . وبأجرة ما أجره له ، فان قيمة الدعوى تقدر بقيمة كل طلب على حدة نظرا لاختلاف سبب كل منهما ولو كان البيع والايجار قد حررا فى ورقة واحدة . وكذلك اذا باع شخص لآخر مال معين مقابل ثمن محدد حرر به المشترى سندات متعددة ، فان الدعوى التى يرفعها البائع على المشترى للمطالبة بقيمة السندات

---

(٤١) بينما يذهب البعض الآخر الى القول بأن السبب هو مجموعة الوقائع التى يستند اليها المدعى فى طلباته دون نظر الى تكييفه لهذه الوقائع (ابراهيم سعد — ص ٤٥٨ . محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٢ ، نورماند — القاضى والنزاع ص ١٦٦ ونقض ١٩٦٩/٦/٤ س ٢٠ ص ٨٦٨ ، ١٩٦٤/١/٩ س ١٥ ص ٥٣ . ١٩٧٧/٢/٩ الطعن ٧٤ س ٤٣ قضائية .

(٤٢) فنسان بند ٣٨٤ . أبو الوفا ص ٣٤٦ . ابراهيم سعد ص ٤٦٠

(٤٣) أنظر محمد كمال عبد العزيز ١٥٢ — ١٥٣ . نقض ١٩٧٧/٢/٩ المشار اليه فى الاشارة السابقة .

(٤٤) أنظر كيوفندا — مبادىء ص ٤٦٦ . فتحى والى — الوسيط ص ٢٧٦ . ابراهيم سعد ص ٤٦٠ . أبو الوفا — الاشارة السابقة — محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٥٤ .

مجتمعة ، فتقدر الدعوى بقيمة هذه السندات كلها ، لأنها نشأت جميعها عن سبب قانونى واحد وهو عقد البيع (٤٥) .

وثمة ملاحظة أخيرة فى هذا الشأن هى أن تقدير وحدة السبب أو تعدده من المسائل الموضوعية التى تستقل بتقديرها المحكمة غير خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد انتهت الى قرارها بناء على أسباب قانونية سائغة (٤٦) . ومن ناحية أخرى فان وحدة السبب أو تعدده كأساس لتقدير قيمة الدعوى لا يكون الا بالنسبة لطلبات المدعى وحده ، فلا تجمع معها طلبات المدعى عليه نتيجة وحدة السبب (٤٧) .

ب - التعدد الموصوف :

والتعدد يكون موصوفا ، اذا كان تعددا احتياطيا أو تخييريا ، ويكون التعدد احتياطيا ، اذا طالب المدعى بطلب أصلى وآخر احتياطى، اذا لم تجبه المحكمة الى طلبه الأول . ولا تفصل المحكمة فى الطلب الاحتياطى الا اذا رفضت الطلب الأصلى . فبما تقدر الدعوى فى هذه الحالة ، هل بالطلب الأصلى أم الاحتياطى ؟ لم يجب القانون على هذا التساؤل ، تاركا ذلك لجهود الفقه وتقدير المحاكم . وعلى هذا يميل الرأى الغالب الى القول بأن الدعوى تقدر على أساس أكبر الطلبين قيمة بشرط أن يكون الطلبان فى مواجهة شخص واحد (٤٨) ، أما اذا وجه الطلب الأصلى الى شخص ، ووجه الطلب الاحتياطى الى شخص آخر ، اعتبرت الدعوى منطوية على تعدد فى الخصوم ، ومن ثم يطبق

---

(٤٥) أنظر نقض ١٩٦٤/١/٩ س ١٥ ص ٥٣

(٤٦) أنظر نقض ١٩٨٦/٥/٧ فى الطعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٠/٥/٢٦ ، س ٣١ ، ص ١٤٩٧ ، نقض ١٩٥٦/١٢/١٣ س ٧ ص ٩٨٦ .

(٤٧) فنسان - بند ٢٧٩ ص ٣٥٢ - ٣٥٣ ، موريل بند ٢٥٠ ص٢١٥ ، فتحى والى - الوسيط - ص ٢٧٧ . ابراهيم سعد ص ٤٦١

(٤٨) أبو الوفا - بند ٣١٤ ، ص ٣٧٠ . فتحى والى - ٢٧٥ . ابراهيم سعد ص ٤٦٢ . وانظر كيوفندا - الاشارة السابقة . أحمد السيد صاوى بند ٢٠٢ ص ٢٠٦ .

بشأنها وحدة السبب او تعدده (٤٩) . بينما يذهب البعض الاخر (٥٠) الى القول بأن العبرة هى بقيمة الطلب الأصلى دون الاحتياطى .

ويكون التعدد تخييريا اذا تعلقت الدعوى بحق تخييرى ، والخيار قد يكون لأى من طرفى الحق الذى يكون موضوعه عددا من الأموال تبرأ الذمة بالوفاء بأحدهما . فان نشأ خلاف فى هذا الشأن وكان الخيار للمدعى « صاحب الحق » فلا تثور مشكلة فى تقدير قيمة الدعوى اذ أنها سوف تقدر بقيمة الشىء الذى يختاره المدعى . ولكن تثور المشكلة عندما يكون الخيار للمدعى عليه « المدين » وهذا هو الاصل ، فان المدعى يطالب المدعى عليه بالوفاء بأى من الأشياء التى تبرأ ذمته بالوفاء باحداها ، وهنا لا مناص من تقـــدير قيمة الدعوى بأكبر الأشياء قيمة (٥١) .

جـ - تعدد الدعاوى فى حالة الضم :

اذا حكم بضم دعويين أو أكثر أمام دائرة معينة نظرا لارتباط بينهم ، لتحكم فيها بحكم واحد ، وكذلك فى حالة دعوى الى أخرى ، لتحكم فيها محكمة واحدة بحكم واحد ، توفيرا للوقت والاجراءات ، فان الضم أو الاحالة لا يكون من شأنه أن يفقد كل دعوى استقلالها وذاتيتها وقيمـــة كل منها ، وتظل كل دعوى مستقلة فى الأخرى فى قيمتها وكيانها . ويجب على المحكمة أن تبين فى حكمها ما قضت به فى كل دعوى منهما بشرط أن تختلف كل منهما عن الأخرى فى موضوعها وسببها (٥٢) .

---

(٤٩) ابراهيم سعد ص ٤٦٣ . وقارن نقض ١٩٦٨/٤/٤ س ١٩ ص ٧٣٥ .

(٥٠) محمد وعبد الوهاب العشماوى جـ ١ بند ٣٤٣ ص ٤٤٢ وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت المحكمة الجزئية لا تختص بالطلب الأصلى فانها لا تختص بالفصل فى الطلب الاحتياطى لو كانت قيمته تدخل فى نصابها (١٩٥٤/١/٧ س ٥ ص ٤٩٥) .

(٥١) أنظر فتحى والى - الوسيط - ص ٢٧٥ .

(٥٢) نقض ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعون أرقام ١٦١ ،٦٤١ ، ٦٢٨ ، ٢١٧٤ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/٤/٢٤ فى الطعن ٢٣٧٦ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٧٩/٣/٢٩ ، س ٣٠ ، ص ١٧٦ ، نقض ١٩٧٦/٥/١٤ ، س ٢٧ ، ص ١١٠٥ .

الفـــرع الثـالث

تعـــــدد الخصـوم

٢٢٩ ـ القاعدة :

قد ترفع الدعوى من مدعى واحد على أكثر من مدعى عليه ، أو من أكثر من مدعى على مدعى عليه واحد أو أكثر . وتطبق فى هذه الحالة بالنسبة لتقدير الدعوى القاعدة نفسها التى تحكم تعدد الطلبات . وفى هذا تنص المادة ٣٩ مرافعات على أنه « اذا كانت الدعوى مرفوعة من واحد أو أكثر على واحد أو أكثر بمقتضى سبب قانونى واحد كان التقدير باعتبار قيمة المدعى به دون التفات الى نصيب كل منهم فيه » . فالعبرة اذن بوحدة السبب القانونى أو تعدده ولو تماثلت الأسـباب (٥٣) . يتضح أن الدعوى تقدر بقيمة المطلوب فى الدعوى ولو تعدد الخصـوم فيها ما دام السبب القانونى واحدا (٥٤) ، وبنصيب كل خصم على حدة اذا تعددت الأسباب القانونية . فاذا رفع مؤجر دعواه على عدة مستأجرين له ، مطالبا اياهم بدفع الأجرة ، فان الأمر يتعلق بدعاوى متعددة نظرا لتعدد السبب القانونى ، وهو عقود الايجار المبرمة بين المؤجـر وكل مستأجر على حدة . أما اذا كان المستأجرون يرتبطون مع المؤجر بعقد ايجار واحد ، فان الأمر هنا يتعلق بدعوى واحدة ، تقدر بكل ما يطالب به المؤجر مجموع المستأجرين . وكذلك اذا رفع دائن دعوى على ورثة مدينه ، يطالب كل منهم بنصيبه فى الدين ، فتقدر الدعوى هنا ، بمجموع الطلبات نظرا لوحدة السبب القانونى .

واذا بدا الأمر بسيطا بالنسبة للالتزامات التعاقدية ، فانه ليس كذلك بالنسبة لتلك الناشئة عن الفعل الضار ، وهل هذا الفعل باعتباره

---

(٥٣) فالدعوى التى يرفعها الشخص لتثبيت ملكيته للأرض . على مدعى عليهم كان كل منهم قد اغتصب جزءا منها ، فانها تقدر باعتبـار كل طلب موجه الى كل مدعى عليه على حدة نظرا لاختلاف السبب القانونى ولو كان متماثلا فى الغصب (أنظر نقض ١٩٦٦/٢/١٠ س ١٧ ص ٢٩٦) .

(٥٤) وللمحكمة الموضوع تقدير وحدة السبب دون رقابة محكمة النقض ما دامت قد حصلتها بناء على أسباب سائغة (نقض ١٩٨٦/٥/٧ فى الطعن ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/١١/١٣ طعن ١٤٨٩ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٠/٥/٢٦ س ٣١ ص ١٤٩٧ .

سببا قانونيا للطلب ، يتمثل فحسب فى مجرد الفعل أم يدخل معه الضرر ؟ والضرر قد يتفاوت من شخص الى آخر . وعلى ذلك فاذا أصيب شخصان نتيجة حادث ورفعا دعوى على مرتكب هذا الحادث ، فهل تقدر الدعوى بقيمة ما يطلبه الخصمان معا ؟ نظرا لوحدة السبب القانونى وهو الفعل الضار ، أم تقدر بقيمة كل طلب على حدة ؟ نظرا لاختلاف الضرر (والفرض أن الضرر الذى أصيب به أحدهما يختلف عن الآخر) . وكذلك اذا حدث الفعل الضار من أكثر من شخص وكان المضرور واحدا ورفع دعوى عليهم جميعا (٥٥) . فهل تقدر الدعوى بقيمة المطلوب منهم جميعا أم بنصيب كل منهم على حدة ؟

يذهب الرأى الراجح (٥٦) الى القول بأن الدعوى تقدر فى هـذه الحالات باعتبار قيمة المطلوب الحكم به من تعويضات وذلك نظرا لوحدة السبب القانونى المنشىء للحق فى التعويض وهو الفعل الضار ، ولا يدخل عنصرا فى هذا السبب الضرر . وكانت محكمـــة النقض قد قضت قديما بأن الأساس القانونى للمطالبة بالتعويض (فى الحالات المتقدمة) لا يتمثل فى الفعل الضار فحسب ؛ بل فى الضرر أيضا الذى وقع على كل من المضرورين ، وهو يختلف ويتفاوت باختلاف الأشخاص (٥٧) . مما يؤدى الى أن الدعوى تقدر باعتبار قيمة كل طلب على حدة ، ولكننا لا نرى الا ما رآه الرأى الراجح .

---

(٥٥) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٧٨ .

(٥٦) رمزى سيف ـ ص ٢٤٣ بند ٢٩٠ ـ ٢٩١ . أبو الوفا بند ٣١٧ ، ص ٣٧٦ . أحمد مسلم ـ بند ٢٠٩ ص ٢١٦ . محمد حامد فهمى بند ١٧٥ ص ١٨٢ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٧٩ ، ابراهيم سعد ص ٤٦٥ ، وانظر نقض جنائى ١٩٥٢/٢/٢٧ مجموعة النقض (الجنائية) س ٣ ص ٧٤٤ ونقض جنائى ١٩٥٦/١/١٦ ـ المجموعة ذاتها ، س ٧ ص ٥٧ .

(٥٧) نقض ١٩٤٦/٥/٢١ المحاماة س ٢٧ ص ١٨٠ . كما نشر هذا الحكم بمجموعة محمود عمر ج ٧ ص ١٤٤ معلقا عليه من الأستاذ محمد عبد الله ، وانظر من يؤيد هذه الوجهة من الفقهاء ـ عبد الباسط جميعى مبادىء المرافعات ص ٥٨ . محمد السيد صاوى ـ الوجيز ص ٢٠٨ .

المطلب الثانى

كيفية تقـــدير قيمة الدعوى

الفـــــرع الأول

أهمية التقـــدير

٢٣٠ ـ بعد أن فرغنا من الحديث عن القواعد الأساسية فى تقدير قيمة الدعوى ، وجب علينا أن نحدد القواعد الخاصة بكيفية هذا التقدير. ويجب الوصول الى هذه القيمة ، ليس فقط لتحديد المحكمة المختصـــة بالفصل فى الطلب ، وانما لمعرفة مدى قابلية الحكم الصادر فيه للاستئناف، اذ أن الحكم يكون انتهائيا لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ـ كقاعدة ـ ان كان صادرا من المحكمة الجزئية ، فى دعوى تقل قيمتها عن خمسين جنيهـــا ، أو صادرا من المحكمة الابتدائية فى دعوى تقل قيمتها عن خمسمائة جنيه . كما أن التقدير يفيدنا أخيرا فى معرفة الرســـــوم القضائية المستحقة عن الدعوى ، اذ أن هذه الرسوم تقدر على أساس نسبة معينة من قيمة الدعوى .

واذا كان موضوع الدعوى مبلغا نقديا ، فتقدر قيمتهـــا بالمبلغ المطلوب . أما اذا كان محلها طلبا آخر غير النقود . فان المشرع المصرى يضع قواعد معينة يتم على أساسها تحديد القيمة . اذ لا يجب ترك الأمر لتقدير المدعى ولا لتقدير المحاكم . وقد وردت هذه القواعد فى المادة ٣٧ من قانون المرافعات ، وهى قواعد يجب احترامها ، بصرف النظر عن القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى ، أو تقدير الخصوم لها (٥٨) ، ودون نظر للقواعد التى يوردها القانون لتحديد قيمة الدعوى بالنســـــبة للرسوم القضائية (٥٩) .

---

(٥٨) أنظـــــر نقض ١٩٨٣/٢/٢٣ س ٣٤ - ١٢٠ ، ص ٥٤٤ ، ١٩٨١/١/١ س ٣٢ - ٩٧٠ ، نقض ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤ ، ٢٢ مارس سنة ١٩٧٨ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ قضائية .

(٥٩) نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ ، س ١٨ ، ص ١٥٢١ .

الفــرع الثــانى

وســائل التقـدير

٢٣١ - حدد المشرع عدد من الوسائل التى يلزم استخدامها عند تقدير قيمة الدعوى كمحدد للاختصاص ، وفيما يلى نعرض لتلك الوسائل الفنية التى أوردتها النصوص فى هذا الشأن :

١ - الدعاوى العقارية :

تقدر دعاوى الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بعقار بقيمة هــذا العقار (٦٠) . وتكون قيمة العقار هى ١٨٠ مثل الضريبة الأصليــة المربوطة عليه ، ان كان من المبانى ، وسبعون مثلا ان كان من الأراضى . أما اذا لم يكن قد ربط على العقار ضريبة بعد ، تولت المحكمة تقــدير قيمته (م ١/٣٧) ، وللمحكمة أن تستعين فى ذلك بما يقدمه الخصوم من مستندات أو بتقدير الخبراء أو بثمن المثل (٦١) . وتقدر على النحو الســابق جميع الدعاوى المتعلقة بالملكية العقارية حتى ولو لم تكن من الدعاوى العينيــة العقارية مثل دعوى الشــفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ، وكذلك جميع المنازعات الموضوعيــة المتعلقة بالتنفيذ على العقار (٢/٣٧) ، فى حالة ما اذا ورد التنفيذ على حق الملكية ، اذا ورد على حق آخر فتقــدر القيمة على أســاس هذا الحق (٦٢) . وتقدر الدعاوى المتعلقة بالملكية على النحو السالف ،

---

(٦٠) دون الضرائب الاضافية والرسوم البلدية وغيرها . كما يقصد بالأراضى ، الأراضى الزراعية والأراضى الفضاء المستغلة والتى تربط احيانا عليها ضريبة (راجع المذكرة الايضاحية للقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨) ، نقض ١٩٨٧/٣/١٩ ، طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٥٤ ق ، نقض ١٩٨٥/٦/١٣ فى الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٢ ق ، وتقدر قيمة العقار بسبعين مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليه ان كان من الأراضى ، ولا عبرة بالثمن الوارد بالعقد المحمول عليه طلب تثبيت ملكيته (نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ س ٢٩ ، ص ٥٥٢).

(٦١) أنظر نقض ١٩٥٦/١١/١٥ س ٧ ص ٨٨٩ . فتحى والى - الوسيط - ص ٢٨٠ .

(٦٢) أنظر فتحى والى - ص ٢٨١ هامش (١) ابراهيم سعد ص ٤٦٦

سواء كانت بثبوت الملكية أو نفيها (٦٣) . كما تقدر دعاوى الحيـــازة بقيمة الحق الذى ترد عليه الحيازة (م ٤/٣٧) . بالرغم من أن هذه الدعاوى لا تتصل بالحق الذى ترد عليه ، ولكنها تدور حول المكنات التى يخولها هذا الحق ، فضلا عن أن الحيازة سبب للملكية ودليل عليها .

أما دعاوى الحكر ، فان كانت بطلب تقدير قيمة معينة له ، أو بزيادة قيمته ، فتقدر الدعوى بعشرين مثل القيمة السنوية فى الحالة الأولى ، وعشرين مثل الزيادة المطلوبة فى الحالة الثانية (م ٣/٣٧) (٦٤) .

واذا كان المطلوب فى الدعوى تقرير حق انتفاع أو نفيه ، أو ملكية الرقبة أو نفيها ، فتقدر الدعوى باعتبار نصف قيمة العقار . أما ان تعلقت الدعوى بحق ارتفاق أو نفيه ، قدرت الدعوى باعتبار ربع قيمـة العقار المقرر عليه هذا الحق (٦٥) .

٢ - **الدعاوى المنقولة** : اذا كان موضوع الدعوى منقـــولا من المنقولات ، فتقدر الدعوى بقيمته على أساس سعره فى الأسواق العامة ان كان من المحاصيل (م ٦/٣٧) . أما اذا لم يكن من المحاصيل فلم يرد فى القانون نص على قاعدة لتقديره ، الأمر الذى أدى الى الخلاف الفقهى فى ذلك . فذهب البعض (٦٦) الى أن الدعوى تقدر بما يقدره المدعى فى دعواه ، على أساس أنه ملتزم ببيان القيمة وفقا لقـــانون الرسوم ، أو على أساس أن المشرع يترك للمدعى الحرية فى تقدير دعواه

---

(٦٣) أنظر نقض ١٩٦٣/١١/٢٨ س ١٤ ص ١١٢٤ .

(٦٤) أنظر المادتين ٢/١٠٠٤ ، ١٠٠٥ من القانون المدنى ، ونقض ٢ يناير سنة ١٩٦٤ س ١٥ ص ٢٣ .

(٦٥) وليس ربع قيمة الجزء الذى يشغله حق الارتفاق كما ذهبت الى ذلك بعض الأحكام مثل الزقازيق الابتدائية ١٩٥٩/١٠/٢٧ المحاماة س ١٠ ص ٣٣٤ . أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٥٦ ص ٤٦٥ . محمد كمال عبد العزيز ص ١٤٨ ، نقض ١٩٥٩/١/٢٢ ، س ١٠ ، ص ٨٤ .

(٦٦) محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٥٩ ص ٤٦٧ وهامش (٢) . عبد المنعم الشرقاوى ص ٢٥٩ - ٢٦٠ بند ١٦٦ . محمد كمال عبد العزيز ص ١٤٩ - ١٥٠

تفاديا لتقدير القاضى . بينما ذهب رأى آخر (٦٧) الى القول بأن هذه الدعاوى تعد من قبيل الدعاوى غير المقدرة وبالتالى تعتبر زائدة على (٥٠٠) جنيه تطبيقا للمادة ٤١ من قانون المرافعات . ولكننا نذهب مع الرأى الراجح (٦٨) الى أن هذه المنقولات يترك تقديرها للمحكمة ، قياسا على العقارات التى لم يربط بشأنها ضريبة ، وللمحكمة ان تستعين فى تقديرها بتقدير الخصوم أو مستنداتهم أو على أساس أسعارها فى السوق (٦٩) أو غير ذلك . حتى لا يستأثر المدعى بتقدير الدعوى متحايلا على قواعد الاختصاص ، فضلا عن عدم ارهاق المحاكم الابتدائية بدعاوى منقولة متعلقة بمنقولات ليست بمحاصيل ، قد تكون قيمتها الحقيقية أقل كثيرا من نصاب هذه المحكمة ، الأمر الذى يدخلها حتى فى النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى ، ومن الأفضل ترك تحديد قيمة الدعوى فى مثل هذه الحالات للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، والتى تستعين فى ذلك بأهل الخبرة وبالمستندات المقدمة فى الدعوى .

هذا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بملكية المنقولات ثبوتا أو نفيـــــا . أما بالنسبة لملكية الرقبة أو حق الانتفاع بشانها ، فلم يرد نص بتقديرها ، وبالتالى فانها تقدر باعتبار نصف قيمة المنقول المادى كما فعل المشرع بالنسبة للعقارات (٧٠) .

٣ ـ دعاوى الحجز والتأمينات العينية :

اذا كانت الدعوى بين الدائن الحاجز والمدين ، بشأن صحة حجز منقول أو بطلانه ، أو بين دائن ومدينه بشأن تأمين عينى (رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز) فتقدر بقيمة الدين المحجوز من أجله

---

(٦٧) فتحى والى . قانون القضاء المدنى ٤٧٧ ـ والوسيط ص ٢٨١ ـ ٢٨٢ .

(٦٨) رمزى سيف ـ ص ٢٦٩ . محمد حامد فهمى ص ١٦٩ ـ ١٧٠ بند ١٦٠ . أحمد أبو الوفا بند ٣٢١ ، ابراهيم نجيب ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨ . وجدى راغب ـ مبادىء ص ٢٤٢ .

(٦٩) ويلاحظ أن هناك من يطبق القاعدة الخاصة بالمحاصيل على جميع المنقولات . انظر عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ، ص ٥٣ .

(٧٠) انظر أحمد مسلم ـ أصول ص ٢١٠ بند ٢٠١

أو الدين المضمون بالتأمين العينى (م ٩/٣٧) ، ولا شأن لقيمة المال المحجوز ذاته أو محل التأمين العينى فى تقدير الدعوى . أما اذا كانت الدعوى مرفوعة من الغير باستحقاق المال محل الحجز أو التأمين العينى كان التقدير باعتبار قيمة هذا المال ، منقولا كان أو عقارا (٧١) . مع ملاحظة أن أهمية تقدير دعاوى الحجز تقتصر على قابلية الحكم الصادر فيها بالاستئناف ، اعتبارا بان هذه الدعاوى قد أصبحت تدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ بصرف النظر عن قيمتها فيما عدا دعوى صحة الحجز فى الحجوز التحفظية .

٤ ـ دعاوى الايراد المرتب :

تقدر الدعاوى المتعلقة بالايراد المرتب بقيمة المطلوب فيها ، وهو دائما مبلغ من النقود . ولكن اذا كانت المنازعة متعلقة بسند ترتيب الايراد ، فتقدر الدعوى على أساس مرتب عشرين سنة ان كان الايراد مؤبدا ، وعشر سنين ان كان لمدى الحياة (٥/٣٧) ، ويكون الايراد مؤبدا اذا كان لا ينتهى بوفاة أحد ، ومن ثم ينتقل الايراد الى ورثة المستحق بعد وفاته . ويكون لمدى الحياة اذا كان مرتبا دوريا لشخص طوال حياته أو حياة شخص آخر (٧٢) . أما اذا كانت المنازعة متعلقة بسند ترتيب ايراد لمدة معينة قدرت الدعوى بقيمة الايراد فى المدة كلها تطبيقا لحكم المادة (٨/٣٧) مرافعات الخاصة بالعقود المستمرة (٧٣) .

---

(٧١) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٨٤ . أحمد مسلم بند ٢٠٢

(٧٢) أنظر فى احكام الايراد المرتب المؤبد أو لمدى الحياة المواد ٥٤٥ ، ٧٤١ ، ٧٤٦ من القانون المدنى .

(٧٣) فتحى والى ـ ص ٢٨٢ هامش (٥) . وراجع محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٦٦ بند ٣٥٨ وهامش (٣) ورمزى سيف بند ٢٦٤ على حين ذهب رأى الى القول بأن الدعوى تقدر طبقا لقانون الرسوم القضائية المادة ١٢/٧٥ (أحمد عثمان حمزاوى فى تعليقات على قانون المرافعات ص ٨٠ . مشار اليه فى محمد العشماوى ص ٤٦٦ . وذهب رأى آخر الى تقديرها طبقا للقواعد العامة بشرط ألا تزيد على قيمة دعوى الايراد المؤبد ـ مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات للأساتذة أبو الوفا ـ نصر كامل ـ ومحمد عبد العزيز يوسف . ج ٢ بند ١١١٤ ص ٦٩٠

٥ ــ دعاوى العقود :

تقدر الدعاوى المتعلقة بصحة العقود أو بطلانها ، أو فسخها بقيمة الشيء محل العقد ، سواء كان من العقارات أو المنقولات (٧/٣٧). أما اذا تعلقت المنازعة بعقد من عقود البدل فتقدر الدعوى باكبر البدلين . وعند تقدير قيمة الشيء محل العقد تجب مراعاة القواعد المتعلقة بتقدير العقارات أو المنقولات (٧٤) .

ما تقدم كان بالنسبة للعقود الفورية كالبيع والمقايضة وغيرها . كما أنها نفسها القاعدة بالنسبة للعقود المستمرة كالايجار والعمل فتقدر دعاوى صحة أو بطلان فسخ هذه العقود باغتبار محل العقد ، وهو المقابل النقدى لمدة العقد كلها . أما اذا كان العقد قد نفذ فى جزء منه ورفعت الدعوى بفسخه ، فانها تقدر فى هذه الحالة باعتبار المقابل النقدى عن المدة المتبقية بالعقد (٧٥) . أما اذا تعلقت الدعوى بامتداد العقد كان التقدير باعتبار المقابل النقدى للمدة التى قام النزاع على امتداد العقد اليها (م ٨/٣٧) (٧٦) .

وما تقدم من أحكام كان بالنسبة للعقود المستمرة المحددة المدة . الا أن هناك عقود مستمرة غير محددة المدة ، لأنها تجدد ضمنيا او بقوة القانون ، مثل عقود ايجار الأماكن وايجار الأراضى الزراعية . فكيف تقدر هذه الدعاوى ؟ ذهب رأى الى القول بأن المقابل النقدى لمدة العقد أو للمدة المتبقية منه يكون غير محدد ، ومن ثم تعتبر الدعوى بصحة

---

(٧٤) فدعوى صحة ونفاذ عقد بيع أراضى زراعية والطلب العارض بصورية هذا العقد ، تقدير كل منها بسبعين مثل الضريبة الأصلية ، نقض ١٩٨٧/٣/١٩ ، طعن ٦٢٠ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/٦/١٣ ، فى الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٨/٢/٢٢ ، س ١٩ ، ص ٥٥٢ . نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ ، س ٢٧ ، ص ١٤٣٥ .

(٧٥) تطبيقا لذلك . تقدر دعوى تخفيض الأجرة لنقص فى المنفعة ، اذ أنها دعوى فسخ جزئى للعقد ، بالمقابل النقدى عن المدة الباقية (نقض ١٩٧٤/٥/٢٠ ، س ٢٥ ، ص ٩١٧) .

(٧٦) نقض ١٩٥٤/١/١٧ س ٥ ص ٣٩٥ ، ١٩٥٥/٦/٣٠ س ٦ ص ١٣٢٨ .

نعقد او ابطاله أو فسخه (٧٧) أو امتداده دعوى غير قابلة للتقدير ، وكذلك دعوى تحديد الأجرة القانونية للعين المؤجرة (٧٨) ، ومن ثم تعتبر قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه ، الامر الذى يدخل هـــذه المنازعات فى اختصاص المحكمة الابتدائية . وهذا هو الرأى الراجح فى نظرنا (٧٩) .

٦ ـ دعاوى صحة التوقيع ودعاوى التزوير الأصلية :

اذا رفعت دعوى بصحة التوقيع أو دعوى تزوير أصليـــة ، قدرت الدعوى بقيمة الحق الثابت فى الورقة المطلوب الحـــكم بصحة التوقيع عليها او بتزويرها (١٠/٣٧) وذلك على أساس ان الدعوى وان كانت بصحة التوقيع او التزوير الا أنها تتعلق بالحق الثابت فى الورقة المدعى بتزويرها او بصحة التوقيع عليها (٨٠) وهذه العلة تصلح أيضا بالنسبة لدعوى صحة التوقيع الفرعية أو دعوى التزوير الفرعية وتقديرها بقيمة

---

(٧٧) فتحى والى ـ الوســـيط ـ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٤ ، أنظر نقض ١٩٧٥/٥/٢٩ س ٢٦ ص ١١٢٩ ، ١٩٧١/٣/٢٧ س ٢٤ ص ٤٩٢ ، ١٩٧٦/٣/١٧ س ٢٧ ـ ١٣٥ ص ٦٧٦ ، ١٩٧٦/٥/١٢ س ٢٧ ـ ٢٠٧ ص ١٠٨٧ ، ١٩٧٦/١١/١٠ ، س ٢٧ ، ص ١٥٦٣ ، ١٩٧٦/٦/٢٣ س ٢٧ ، ص ١٤٠٥ ، ١٩٧٧/٢/١٣ الطعن ٣٦٦ لسنة ٤٣ قضائية ، ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن ٣٤٨ لسنة ٤٣ قضائية .

(٧٨) نقض ١٩٧٨/١١/٨ طعن ٣٧٥ ، لســـــنة ٤١ ق ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٩ طعن رقم ٢٧٨ لسنة٤٥ ق ، نقض ١٩٧٣/٦/٢١ س ٢٤ ص ٩٥٣ ، ١٩٧٣/٣/٢٧ س ٢٤ ص ٤٩٠ .

(٧٩) وكان هناك رأى قد ذهب الى القول بوجوب نطبيق أحكام القانون المدنى فى هذا الشأن ، حيث أن المادة ٥٦٣ من القانون المدنى تقضى باعتبار الايجار منعقد للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وذلك اذا كان منعقدا دون الاتفاق على مدة ، أو منعقدا لمدة غير معينة ، أو تعذر اثبات المدة المدعاة . فيسرى هذا الحكم على عقود ايجار الأماكن والأراضى الزراعية التى تمتد بقوة القانون (راجع المادة ٥٩٩ مدنى) . (أنظر ابراهيم سعد ـ ص ٤٦٩ هامش «١») .

(٨٠) أنظر فتحى والى ـ قانون القضاء ص ٤٨٠ . الوسيط ص ٢٨٤ . أحمد أبو الوفا بند ٣٢٦ . رمزى سيف ص ٢٧٤ .

الحق الثابت فى الورقة (٨١) . غير أن محكمة النقض قد ذهبت الى أن دعوى التزوير الفرعية تقدر على اساس قيمة الدعوى الأصلية ، فان كانت قيمتها تقل عن الحد الأقصى للقاضى الجزئى النهائى فان دعوى التزوير تتبعها فى تقدير قيمتها ولا يجوز استئناف الحكم الصادر فيها من القاضى الجزئى (٨٢) .

٧ - الدعاوى غير القابلة للتقدير :

اذا كانت الدعوى بطلب غير قابلة للتقدير بحسب القواعد المتقدمة اعتبرت قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه . وبالتالى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، ويكون الحكم الصادر فيها قابلا للاستئناف ، نظرا لزيادة قيمة الدعوى على النصاب الانتهائى لهذه المحكمة .

ويعتبر الطلب غير قابل للتقدير اذا :

- لم يكن قد ورد بشأن تقديره قاعدة من القواعد المنصوص عليها فى المواد ٣٧ وما بعدها (٨٣) ، وان أمكن تقديره مثل دعوى الامتناع عن عمل أو طلب التسليم أو شطب الرهن .

---

(٨١) أحمد أبو الوفا - المرافعات بند ٣١٢ . ومقال له بشأن دعوى التزوير الفرعية منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة السابعة العدد الاول ص ١ وما بعدها . وانظر فتحى والى . الوسيط ص ٢٨٤ .

(٨٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ ، س ٢٦ ، ص ١٦٧٣ ، نقض ١٩٥٦/٦/٢١ السنة ٧ ص ٧٤٢ . وانظر نقض ١٦ يونيه سنة ١٩٥٥ السنة السادسة ص ١٢٦٢ . وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالانكار كدعوى التزوير الفرعية دفاع موضوعى وبالتالى يدخل فى تقدير قيمة الدعوى الأصلية أيا كانت قيمتها وأيا كانت قيمة الحق المثبت فى الورقة المطعون عليها بالانكار (نقض ١٩٨٢/٢/١٧ - س ٣٤ - ١٠٧ - ٤٨٦). وانظر محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٠ - ١٥١ . وهناك من يعتبر دعوى التزوير الفرعية دعوى غير مقدرة القيمة وبالتالى زائدة على نصاب القاضى الجزئى (محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ١٩٧٩ ص ١٦٧) .

(٨٣) أنظر نقض ١٩٦٠/١٢/١ س ١١ ص ٦٠٣ ، ١٩٦٣/٢/١٤ س ١٤ ص ٢٥٨ ، ١٩٦٧/١٢/١٢ س ١٨ ص ١٨٥٦ . وانظر نقض ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٤١٥ . أنظر فتحى والى - الاشارة السابقة - أبو الوفا ص ٣٥٦ بند ٣٢٧ .

- كأن يرد على حق لا يقبل بطبيعته للتقدير ، وتقويمه بالنقود مثل الدعاوى المتعلقة بالحالة المدنية للشخص ، ودعاوى الزوجية والنسب والجنسية (٨٤) .

ويستثنى من الأحكام المتقـــدمة الدعاوى التى ينص المشرع على ادخالها فى اختصاص المحاكم الجزئية بصرف النظر عن قيمتها ، اى حتى ولو كانت غير قابلة للتقدير .

---

(٨٤) فتحى والى - الاشارة السابقة . ومن تطبيقات القضاء ، طلب تحديد أجر العامل بمبلغ معين يعتبر طلب غير مقدر القيمـــة (نقض ١٩٧٥/٥/١٠) وطلب اعادة فصل العامل المفصول بسبب نشاطه النقابى يعد هو الآخر طلب غير مقدر القيمة نقض ١٩٦٥/٢/٢٤ س ١٦ ص ٢٠٨ . وكذلك طلب التسليم (١٩٦٣/٢/١٤) س ١٤ ص ٢٥٨ . وطلب تقديم حساب عن ريع منزل ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٤١٥ . بالاضافة دعاوى تقدير القيمة الايجارية (أنظر نقض ١٩٧٦/١١/١٠) س ٧ ، ٢٩٣ ص ١٥٦٣ - وراجع كذلك نقض ١٩٧٦/٤/٢١ س ٢٧ - ١٨٨ - ص ٩٨٨ . ١٩٧٦/٢/١٧ س ٢٧ - ١٣٥ ص ٦٧٦ . ١٩٧٦/٥/١٢ س ٢٧ - ٢٠٧ ص ١٠٨٧ - ١٩٧٦/٦/٢٣ س ٢٧ - ٢٦٧ ص ١٤٠٥

المبحث الثـــانى

الاختصاص النوعى

٢٣٢ - تعريفه :

يقصد بالاختصاص النوعى Compétence en raison de la matiére بأنه الذى يتخذ من طبيعة الدعوى أساسا لتوزيع ولاية القضـــاء المدنى على محاكمه المختلفة بغض النظر عن قيمتها الاقتصادية . ويعمل بهذا المعيار بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى ، كما يعمل به أيضـــا فى قضاء الدرجة الثانية ، كما يأخذ به فى تحـــديد ما يدخــــل فى اختصـــاص التشـــــكيلات القضـــائية المتخصصة داخل جهـــة القضاء المدنى (٨٥) .

وقد عرف هذا النوع من الاختصاص بالفعل فى القضاء الاسلامى ، فقد اتفق الفقهاء على جواز تخصيص القضاة بالزمان والمكان والنوع ، حيث يجوز لولى الأمر أن يخصص القاضى بنظر منازعات معينة كأن يقول . « جعلت اليك الحكم فى المدانيات خاصة أو فى قدر من المال ، أو أن يولى قاضيا الحكم فى الأنكحة وآخر فى المدانيات » (٨٦) .

ونقتصر فى هذا المقام على عرض الاختصاص النوعى لقضاء الدرجة الأولى ، فى النظام المصرى .

---

(٨٥) أوجوروكو - المقالة المشار اليها بند ١٢ ص ٧٥٥ ، كوستا - الموجز ، بند ١٠٠ ، فتحى والى - الوسيط بند ١٥٧ ص ٢٨٧ .

(٨٦) الماوردى ، الأحكام ، ص ٧٣ ، ابن قدامة - المقنع ج ٤ ، ص٢٤٦ البهوتى - كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٢٩١ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ١٠٢ ، النظام القضائى الاسلامى ، ص ٢٥٦ - ٢٥٧ .

المطلب الأول

الاختصاص النوعى للمحـــاكم الجزئية

٢٣٣ - تمهيـــــد :

رأينا أن المحاكم الجزئية لا تختص الا بالمسائل التى ينص عليهـــا المشرع ، لأنها محكمة ذات اختصاص محدود ، فهى تختص بالحـــكم فى الدعاوى المدنية والتجارية (٨٧) التى لا تتجاوز قيمتها عن خمسمائة جنيه . كما أنها تختص نوعيا بالفصل فى المسائل التى ينص المشرع على اختصاصها بهذه المسائل ، بغض النظر عن قيمتها ، حتى ولو تجاوزت فى قيمتها خمسمائة جنيه . وحكمة ذلك أن المشرع رأى فى شيوع هـــذه المسائل فى العمل ، وعدم اثارتها لمشاكل قانونية نظرا لظهور وجه الحق فيها ، ما يستوجب أن يكون الفصل فيها لمحاكم تكون قريبة من الخصوم، كما أن الوصول الى الحكم فيها لا يتطلب عقد الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية المشكلة من قضاة متعددين .

ونستعرض فيما يلى هذه المسائل التى تدخل نوعيا فى اختصـاص المحكمة الجزئية .

الفـــرع الأول

الدعاوى الروتينية

٢٣٤ - تختص المحكمة الجزئية بنظر عدة مسائل بغض النظر عن قيمتها ، يطلق عليها الدعاوى الروتينية (٨٨) ، وهى عادة دعـــاوى لا تحتاج للفصل فيها لخبرة قانونية كبيرة ، لأنها تتمخض عن مجموعة من الاجراءات ، يقتصر دور القاضى فيها على المراقبــــة وتحريك تلك

---

(٨٧) أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية فتتولى المواد ٩٧٢ وما بعدها من قانون المرافعات الملغى التى استبقاها القانون الجديد . انظر فى تفاصيل هذا الاختصاص أحمد مسلم - أصول ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٨٨) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٢٤

الاجراءات الأمر الذى يستطيع القيام بها قاض واحد دون كبير عناء . وتتمثل هذه الدعاوى فى :

١ ـ دعوى تعيين الحدود :

وهى الدعوى المرفوعة بطلب تعيين الحد الفاصل وتحديده على الطبيعة بين عقارين متجاورين أو أكثر . ويقتصر الفصل فى هذه الدعوى على مجرد مطابقة مستندات الملك على الطبيعة وقياس مساحة العقارات الثابتة بهذه المستندات ، ثم وضع علامات ظاهرة وثابتة لتحديد الحدود الفاصلة بين هذه العقارات ، وغالبا ما يندب القاضى لهذه المهمة أحد الخبراء . وتختص المحكمة الجزئية بالفصل فى هذه الدعوى أيا كانت قيمتها بشرط عدم وجود نزاع حول الملكية أو مقدارها (م ٢/٤٣ مرافعات) . فاذا أثير نزاع بشأن الملكية فان على المحكمة الجزئية وقف دعوى فصل الحدود ، الى حين الفصل فى دعوى الملك ـ اذا كانت تخرج عن اختصاصها قيميا ـ من المحكمة الابتدائية المختصة .

٢ ـ دعوى تقدير المسافات :

وهى الدعوى التى يطلب فيها المدعى من المحكمة تقدير المسافة التى يجب تركها عن ملك الجار ، اذا ما أراد اقامة مبان أو منشئات ضارة أو فتح مطل ، وما الى ذلك ، فاذا ما اختلف الجاران على تقدير هذه المسافة الواجب تركها ، فيجب رفع الأمر الى المحكمة الجزئية لتقديرها ، مستعينة فى ذلك بقوانين المبانى ، أو القانون المدنى أو اللوائح الادارية الخاصة بفتح المحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة ، أو بقواعد العرف أو نصوص الاتفاق المبرم بين الجارين ، فتفصل المحكمة الجزئية فى هذه الدعوى أيا كانت قيمة العقارات المتنازع بشأنها وذلك اذا لم يكن هناك نزاع بشأن الملكية ، فان أثير مثل هذا النزاع فتفصل فيه المحكمة المختصة وفقا لقواعد الاختصاص القيمى .

٣ ـ دعوى قسمة المال الشائع :

تختص محكمة المواد الجزئية بدعاوى قسمة المال الشائع (٣/٤٣).
أيا كانت قيمة هذا المال ، وسواء أكان من العقارات أو من المنقولات ، أو

كان خليطا منهما ، بشرط ألا يكون هناك نزاع بين الخصوم (الشركاء على الشيوع) على ملكية هذه الأموال أو حول نصيب أى منهم . وتقتصر مهمة المحكمة فى هذه الدعوى على مجرد تجنيب الأنصبة أو فرزها أو تقويمها بالنقود ، اذ لم يكن ممكنا قسمة المال دون اضرار به . وان كان هناك نزاع بين الخصوم بشأن الملكية أو حول مقدار نصيب كل منهم أو بعضهم ، فلا تفصل المحكمة بداهة فى القسمة قبل الفصل الملكية ، ولن تستطيع ذلك الا اذا كانت مختصة قيميا بالفصل فى الملكية ، أما اذا لم تكن مختصة بها فعليها وقف الفصل فى دعوى القسمة الى حين الفصل فى النزاع من المحكمة الابتدائية المختصة (أنظر المادة ٣/٨٣٨ من القانون المدنى) (٨٩) .

والحكم الصادر فى دعوى تعيين الحدود أو تقدير المسافات أو قسمة المال الشائع ، يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أو ليس قابلا له بحسب القواعد العامة .

الفرع الثانى

دعوى الرى والصرف

٢٣٥ ـ تختص محكمة المواد الجزئية بالفصل فى الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بمياه الرى وتطهير الترع والمساقى والمصارف (م ١/٤٣) . ويقصد بتلك الدعاوى تلك التى يكون موضوعها حق ارتفاق ـ كحق الشرب وحق المجرى ، تقريره أو نفيه ، حيازته أو التعويض ، بسبب الاعتداء عليه (٩٠) وعلة اختصاص القاضى الجزئى بهذه الدعاوى هو شيوعها فى العمل بين أصحاب العقارات الزراعية ، الأمر الذى يستتبع بالضرورة أن تكون من اختصاص محكمة قريبة من موقع النزاع .

---

(٨٩) أنظر نقض ١٩٧٦/٦/١٥ س٢٧ ص١٣٥٨ ، نقض ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٣ ص ١٠٢ .

(٩٠) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٨٧ بند ١٥٩

مع ملاحظة أن قانون الرى والصرف الجديد رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ يخول مفتش الرى اصدار قرارات بشأن انتفاع ملاك الأراضى التى تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم ، على أن يكون التظلم من تلك القرارات من اختصاص مدير عام الرى الذى يفصل فيها بقرار نهائى ، كما يختص هذا المدير بالفصل فى كل نزاع ينشأ عن كيفية استعمال حق الانتفـاع المذكور (م ١٨) كما يختص مدير عام الرى باصدار قرارات وقتية بشأن تمكين الشاكى من الانتفاع بالمسقى الخاصة أو المصرف الخاص (م ٢٣) ، كما يختص مدير عام الرى باصدار قرارات ـ بعد اجراء التحقيق ـ بانشاء مسقاة خاصة أو مصرف خاص فى أرض الغير ، بناء على طلب صاحب الأرض الذى تقدر عليه رى أرضه أو صرفها على وجه كاف الا بانشاء المسقاة أو المصرف (م ٢٤) ، كما يختص مدير عام الرى باصدار قرارات بسد أو الغاء المسقاة أو المصرف اذا تبين عدم فائدتها ، وكذلك باتخـاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر المتسبب عن المسقاة أو المصرف (م ٢٨) ويكون التظلم من هذه القرارات عدا الصادرة وفقا للمادتين ١٨ ، ٢٣ ، الى وزير الرى خلال ١٥ يوما من تاريخ اعلان صاحب الشـأن بها (م ٢٩) ، كما يخول لجنة قضائية (٩١) بالفصـل فى منازعات التعويض المنصوص عليها فى القانون . فما تأثير ذلك على اختصاص المحكمة الجزئية بنظر منازعات الرى والصرف ؟ اختلف الفقهاء فى الاجابة على هذا التساؤل اختلافا كبيرا قبل صدور قانون الرى والصرف الحالى (٩٢) . اذ أن قانون الرى الأسبق رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ قد أسند الى جهة الادارة سلطة الفصل فى بعض منازعات الرى والصرف ، ثم صدر

---

(٩١) مشكلة فى كل محافظة برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمـة الابتدائية بها وعضوية وكيل الادارة العامة للرى ووكيل تفتيش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة أو من يقوم مقامهم ، وممثل من المحافظة يختاره المحافظ المختص . وتختص بالفصل فى منازعات التعويضـات المنصوص عليها فى قانون الرى والصرف . ويكون قرارها قابلا للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة (م ١٠٢) .

(٩٢) انظر فى تفاصيل هذا الخلاف ـ عبد الباسط جميعى ـ نظرية الاختصاص ص ٢٤ ـ ٢٨ فتحى والى ص ٤٨٨ هامش (٢) قانون القضـاء المدنى . محمد حامد فهمى بند ١٣٢ .

قانون المرافعات الحالى رقم ١٩٦٨/١٣ ، مقررا اختصاص المحكمة الجزئية بنظر هذه المنازعات ، على النحو الذى كان مقررا فى قانون المرافعات السابق ، والقانون المدنى الأهلى . فهل تعتبر نصوص قانون الرى والصرف منسوخة فيما تخالف نصوص قانون المرافعات باعتبار الأخير لاحقا على الأول ، وبعبارة أخرى هل تعتبر جهة الادارة جهة اختصاص منفرد بنظر المنازعات التى يعطيها لها قانون الرى والصرف ، أم ليست كذلك ؟ أم أن الاختصاص قد أصبح مشتركا بينها وبين المحاكم الجزئية .

فمن قائل بأن القضاء وحده يختص بنظر جميع منازعات الرى والصرف ، ولم يعد لجهة الادارة أى اختصاص فى هذا الشأن ، اذ تعتبر نصوص قانون الرى والصرف منسوخة بنصوص قانون المرافعات اللاحق عليه (٩٣) . ويرد على هذا القول ، بأن قانون المرافعات لم ينسخ نصوص قانون الرى والصرف ، بشأن اختصاص جهة الادارة ببعض المنازعات ، نظرا لأن قانون الرى يعتبر نصا خاصا ، وبالتالى يقيد النص العام (قانون المرافعات) ولو كان العام لاحقا على الخاص . وبذلك يكون الاختصاص بنظر منازعات الرى والصرف مشتركا بين الادارة والمحاكم (٩٤) .

الا أن هذا الخلاف لم يعد له محل بعد صدور قانون الرى والصرف الجديد ، لأنه أولا لاحقا على قانون المرافعات ، وان نصوصه فى هذا الشأن تعد نصوصا خاصة ، ولذلك فهى تقيد نصوص قانون المرافعات . ويترتب على ذلك أن الادارة لها ولاية الفصل فى المسائل التى يدخلها المشرع فى قانون الرى والصرف فى اختصاصها . وولاية جهة الرى فى هذا الخصوص تعتبر ولاية قاصرة عليها ، وتنتفى بالتالى ولاية المحاكم الجزئية بنظر هذه المسائل ، ويتعين عليها ان رفع اليها

---

(٩٣) عبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٢٣٧ .

(٩٤) ابراهيم سعد ص ٤٢٩ - وما أشار اليه فى هامش (٣) ، أنظر حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٣/٦/٧ مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة القضاء الادارى س ٧ ص ١٤٦٧

انظر عبد الباسط جميعى - ص ٤٧ - وقارن أحمد أبو الوفا بند ٢٨٤

دعوى فى مسألة منها أن تقضى - ولو من تلقاء نفسها - بانتفاء ولايتها بنظرها ، لأن ولاية القضاء المدنى تتحدد بالمسائل التى لم يدخلها المشرع فى ولاية جهة أخرى (٩٥) . ولكن يجب تفسير نصوص قانون الرى والصرف تفسيرا ضيقا فى هذا الصدد (٩٦) .

الفـــرع الثـــالث

المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية

٢٣٦ - مر الاختصاص بهذه المنازعات بتطورات تشريعية كثيرة ، فقد أنشأ المشرع فى ظل القانون ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ لجنة خاصة بالفصل فى المنازعات الخاصة بامتداد ايجار الأراضى الزراعية . ثم ألغيت هـذه اللجان فى سنة ١٩٦٣ ، وأنشىء بدلا منها فى دائرة كل مركز لجنـة الفصل فى المنازعات الزراعية تختص بتطبيق المواد ٣٢ - ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى، ثم حل القانون ٥٤ لسنة ١٩٦٦ محل القانون ١٩٦٢/١٤٨ منظما التقاضى فى المنازعات الزراعية أمام لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية ، وكان التقاضى فيها على درجتين ، لجنة ابتدائية فى كل قرية ثم لجنة استئنافية (٩٧) .

وظل الأمر على هذا النحو الى أن صدر القانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥ ونص فى مادته الخامسة على أن : (تستبدل عبارة « المحكمة الجزئية

---

(٩٥) فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٨ - ٢٨٩ . عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٩٦) فتحى والى - الاشـارة السابقة . ونقض مدنى ١٩٦٣/١/٣١ س ١٤ ص ٢٠٤ - ابراهيم سعد ص ٤٣٠ . وقضى بأنه اذا كانت المادة ١٥ من قانون الرى والصرف (السابق) تنص على سلطة مفتش الرى فى اصدار قرار وقتى بتمكين المنتفع بمسقى أو مصرف خاص من استعمال حقه ، فان مؤدى ذلك اقتصار ولاية المفتش على القرار الوقتى ان توافرت شروطه ، دون أن يكون له حق الفصل فى الموضوع الذى يظل من اختصاص المحاكم العادية (نقض ١٩٧٧/٣/١٥ فى الطعن ٥٧٤ س ٤٣ قضائية . مشار اليه فى فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٩ هامش ٢١) .

(٩٧) أنظر فى هذا التطور - حسام الدين الأهوانى - القانون الزراعى سنة ١٩٧٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

المختصة » بعبارة « لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية » فى المادة ٤ من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ ... وكذلك أينما وردت فى نصوص المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ أو فى أى قانون آخر » . وبذلك يكون المشرع قد ألغى نهائيا - وخيرا فعل - لجان الفصل فى المنازعات الزراعية ، بتدخل هذه المنازعات فى ولاية جهة القضاء المدنى ، ومن اختصاص المحاكم الجزئية وحدها . فقد نصت المادة ٣٩ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٧٥ على أن : « تختص المحكمة الجزئية - أيا كانت قيمة الدعوى - بنظر المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية والقابلة للزراعة الواقعة فى دائرة اختصاصها والمبينة فيما يلى :

١ - المنازعات الناشئة عن العلاقة الايجارية بين مستأجرى الأراضى الزراعية ومالكيها .

٢ - المنازعات المتعلقة بالسلف الزراعية أو العينية فى خدمة الأرض المؤجرة ..

وترفع الدعوى بشان هذه المنازعات الى المحكمة الجزئية وبغير رسوم ويفصل فيها على وجه السرعة ، ويكون لها ولاية القضاء المستعجل وقاضى التنفيذ فى المسائل التى تدخل فى اختصاصها . وتستأنف جميع الأحكام الصادرة فيها الى المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمة الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم (م ٣٩ مكرر أ مضافة بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥) .

الفـــــرع الرابع

منازعات التنفيذ

٢٣٧ - استحدث المشرع فى قانون المرافعات الجديد قاضى التنفيذ ليتولى الاشراف على مراحل التنفيذ واجراءاته ، وذلك جمعا لشتات مسائل التنفيذ فى ملف واحد ، وفى يد قاض واحد ، يكون قريبا من موطن التنفيذ .

وقاضى التنفيذ هو أحد قضاة المحاكم الابتدائية ، يندب فى مقر كل محكمة جزئية (٢٧٤) ويعاونه عدد كاف من المحضرين والمعاونين القضائيين . وتتبع أمامه كافة الاجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ، ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك . وقاضى التنفيذ ما هو الا محكمة جزئية ، تنحصر وظيفتها فى الفصل فى المسائل المتعلقة بالتنفيذ كافة ، الموضوعية منها والوقتية ، أيا كانت قيمتها . كما يختص باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ (٣٧٥ مرافعات) . وتستأنف أحكامه الموضوعية أمام المحكمة الابتدائية متى جاوزت قيمة الدعوى خمسين جنيها ولم تتعد خمسمائة جنيه ، وأمام محكمة الاستئناف المختصة متى جاوزت قيمة الدعوى خمسمائة جنيه . اما أحكامه المستعجلة فتستأنف أمام المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمة الدعوى . أما قراراته وأوامره الولائية فيطبق بشأنها ما يطبق على الأوامر على العرائض من حيث التظلم منها (٩٨) .

واختصاص قاضى التنفيذ بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ ، يعد فى نظرنا اختصاصا نوعيا من جهة (٩٩) ، واختصاصا متعلقا بالوظيفة من جهة أخرى (١٠٠) ، اذ أن الوظيفة التى يمارسها قاضى التنفيذ والتى أنشىء من أجلها وهى الاشراف على التنفيذ ، فى كل مراحله وفى جميع اجراءاته .

---

(٩٨) أنظر دراسة تفصيلية لقاضى التنفيذ ووظائفه وولايته والطعن فى الأعمال الصادرة عنه محمود هاشم القواعد العامة للتنفيذ القضائى سنة ١٩٨٠ ص ٢١٤ - ٢٥٢ . عزمى عبد الفتاح رسالة عن « نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن » طبعة سنة ١٩٧٨ . محمد على راتب ونصر كامل وفاروق راتب - اختصاص قاضى التنفيذ ١٩٦٩ . أحمد أبو الوفا - مقال حول « قاضى التنفيذ » مجلة ادارة قضايا الحكومة س ١٨ العدد الثالث . اسكندر سعد زغلول قاضى التنفيذ علما وعملا سنة ١٩٧٤ .

(٩٩) أنظر نقض ١٩٧٦/٢/١٠ س ٢٧ رقم ٨٧ ص ٤٢٢ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ نفس السنة ١٤٥ ص ٧٣٦ .

(١٠٠) أنظر ما يأتى فيما بعد بشأن المقصود بالاختصاص المتعلق بالوظيفة .

الفــرع الخــامس

الدعاوى الوقتيــة

٢٣٨ ـ تنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس باصل الحق فى المسائل المستعجلة ... أما خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية . على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل اذا رفعت لها بطريق التبعية » .

من هذا النص يتضح أن الدعاوى الوقتية أو المستعجلة قد ترفع باجراءات مستقلة كما قد ترفع تبعا لدعوى مرفوعة بالفعل .

أ ـ الدعاوى المستعجلة التى ترفع باجراءات مستقلة :

اذا رفعت الدعوى المستعجلة باجراءات مستقلة فانها ترفع الى قاضى الأمور المستعجلة ، ويختص بنظر المسائل المستعجلة كافة متى رفعت بصفة أصلية ، أيا كانت قيمتها ، وأيا كانت قيمة الحق الموضوعى الذى ترفع لحمايته حماية وقتية . وقاضى الأمور المستعجلة فى هذا الخصوص هو :

ـ محكمة الأمور المستعجلة :

وتوجد بالمدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية . وهذه المحكمة تختص وحدها دون غيرها من المحاكم الجزئية الأخرى الموجودة بالمدينة بنظر كافة المسائل المستعجلة ، متى رفعت باجراءات مستقلة وتصدر هذه المحكمة أحكامها من قاض فرد من بين قضاة المحكمة الابتدائية .

ـ المحكمة الجزئية :

وذلك بالنسبة للدعاوى المستعجلة التى ترفع ـ وفقا لقواعد الاختصاص المحلى ـ خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية . وعلى ذلك فالدعوى المستعجلة التى يجب رفعها محليا

أمام محكمة منيا القمح الجزئية ، فانها تختص بنظرها ولا ترفع الدعوى الى محكمة الزقازيق للأمور المستعجلة .

- قاضى التنفيذ :

وذلك بالنسبة لمنازعات التنفيذ الوقتية . فهو يعد بالنسبة لها بمثابة قاضى أمور مستعجلة ويكون له وحده الاختصاص بنظر هذه المنازعات الوقتية ولو كان داخل المدينة التى بها محكمة ابتدائية .

ب - الدعاوى الوقتية المرفوعة بالتبعية :

اجاز المشرع رفع الطلبات الوقتية بالتبعية الى محكمة الموضوع ، وتختص هذه المحكمة فالفصل فى المسائل المستعجلة المرفوعة اليها تبعا للدعوى الموضوعية وبصرف النظر عن قيمة الطلب المستعجل . ومحكمة الموضوع قد تكون محكمة جزئية وقد تكون محكمة ابتدائية (١٠١) ، فلو كانت محكمة الموضوع محكمة ابتدائية فانها تختص بالفصل فى المسائل المستعجلة المرفوعة اليها بطريق التبعية ، ولو كانت قيمتها مما تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ، أما ان كانت محكمة الموضوع محكمة جزئيذ ، فانها تفصل فى الطلبات المستعجلة المرفوعة اليها بطريق التبعية ، ولو زادت قيمتها عن خمسمائة جنيه ، ولو كانت المحكمة الجزئية داخل المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية (١٠٢) .

وتختص محكمة الموضوع بنظر الدعوى المستعجلة سواء رفعت مع الطلب الأصلى فى صحيفة واحدة أم رفعت اليها فى صورة طلب عارض ، بعد رفع الدعوى الأصلية ، ولكن يشترط لذلك قيام علاقة التبعية بين الطلب المستعجل والدعوى الموضوعية ، أى أن يكون هناك دعوى موضوعية لم يفصل فيها بعد ، ثم ترفع الدعوى المستعجلة تبعا لها .

---

(١٠١) وقد تكون محكمة استئنافية . أحمد أبو الوفا بند ٣٠١ ص ٣٢٦ امينة النمر - مناط الاختصاص .. المشار اليه بند ١٣٨ ص ٢١٨ .

(١٠٢) أنظر ابراهيم سعد - ص ٣٣٤ . فتحى والى - الوسيط ٢٩٢ . أمينة النمر - بند ١٤٩ ص ٢٢٣ .

وتقدير توافر هذه العلاقة أمر يستقل به قاضى الموضوع غير خاضع فى ذلك لرقابة محكمـــــة النقض متى بنى الحكم على أســـــباب سائغة (١٠٣) .

ويشترط أخيرا للاختصاص بالدعوى الوقتية كدعوى مستقلة أن تتعلق بدعوى موضوعية تدخل فى ولاية القضاء المدنى ، اذ أن الدعوى الوقتية دعوى مساعدة للدعوى الموضوعية فى الحصول على الحمـــاية القضائية ، وعلى ذلك فان كل الحق الموضوعى المراد حمايته لا يدخل فى ولاية القضاء المدنى ، فلا يختص القضاء المستعجل بدعوى الحماية الوقتية لهذا الحق (١٠٤) .

مما تقدم يتضح أن الاختصاص بالمسائل المستعجلة انما هو اختصاص نوعى مقرر للقضاء الجزئى ، اذا رفعت بصفة أصلية .

المطلب الثـــانى

الاختصاص النوعى للمحاكم الابتدائية

٢٣٩ ـ رأينا أن المادة ٤٧ من قانون المرافعات تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل ابتدائيا فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من اختصاص المحكمة الجزئية ، وبالاضافة الى ذلك فان المشرع يعقد لها اختصاصا بنظر منازعات معينة بغض النظر عن قيمتها حتى ولو كانت داخلة فى اختصاص المحكمة الجزئية ، بسبب أهمية هذه المنازعات ، ودقة ما تثيره من مشاكل قانونية .

ونبين فيما يلى أهم الدعاوى التى تدخل نوعيا فى اختصاص المحكمة الابتدائية :

---

(١٠٣) أمينة النمر ـ بند ١٣٥ ص ٢١٥ . ابراهيم سعد ص ٤١٣ . أحمد أبو الوفا ص ٣٢٦ ، نقض مدنى ١٩٦٦/٥/٢٦ س ١٧ ص ١٢٦١ ـ احمد أبو الوفا ـ ص ٣٢٧ بند ٣٠١ ـ فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٩٢ .

(١٠٤) فتحى والى ـ ص ٢٩٣ ـ أمينة النمـــر ـ مناط بند ١٤٢ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩ . وانظر نقض ١٩٦٨/٢/٨ س ١٩ ص ٢٣٠ .

أ ـ دعاوى الافلاس والصلح الواقى منه ، ودعاوى الاعسار المدنى :

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الافلاس والصلح الواقى منه بصرف النظر عن قيمة رأس مال التاجر المفلس ، أو مجموع الديون التى فى ذمته . ويستفاد ذلك من نص المادة ٤٢ من قانون المرافعات التى تقرر « مع عدم الاخلال بها للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل فى الافلاس والصلح الواقى .... » وذلك بعد النص على ما تختص به المحكمة الجزئية (١٠٥) .

وعلة عقد الاختصاص بدعاوى الافلاس والصلح الواقى للمحكمة الابتدائية تتمثل فيها للافلاس من خطورة تؤثر على المركز القانونى للتاجر ، الأمر الذى يستوجب أن يتم نظر ما يتصل به من مسائل من قبل محكمة مشكلة من أكثر من قاض .

وللعلة ذاتها تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الاعسار المدنى ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من القانون المدنى على ذلك بقولها « يكون طلب شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية » .

٢ ـ بعض المنازعات الخاصة بحق المؤلف :

تختص المحكمة الابتدائية نوعيا بالفصل فى بعض الدعاوى المتعلقة بحق المؤلف والمرفوعة بسحب المؤلف من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه « م ٤٩ من قانون حماية المؤلف رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ » .

٣ ـ بعض الدعاوى الخاصة ببعض الجمعيات :

كان القانون المدنى فى المواد ٦٣ وما بعدها ينص على اختصاص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الجمعيات ، ثم صدر قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الملغى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٥٦ ملغيا المواد ٥٤ ـ ٨٠ من القانون المدنى ، ومقررا فى المواد ٣٤ ، ٣٦ ، ٤٠ منه اختصاص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الجمعيات مثل حلها أو ابطال قراراتها

---

(١٠٥) أنظر المادة ٢٠١ من القانون التجارى وكذلك المادة ٧ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٤٥ بشأن الصلح الواقى من التفليس .

أو تصفيتها ، وظل الأمر على هذا النحو الى أن ألغى هذا القـــانون بمقتضى قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ مدخلا هذه الدعاوى فى اختصاص محكمة القضاء الادارى « المادتين ٣٣ ، ٥٧ من قانون الجمعيات الحالى » وعقد الاختصاص للمحكمـــة الابتدائية بكل دعوى مدنية ترفع من المصفى أو عليه حال تصـــفية الجمعية « م ٦١ ق . ج » .

٤ - بعض طعون عن قرارات بعض اللجان الادارية :

تقرر التشريعات المختلفة اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الطعون المقدمة ضد قرارات بعض اللجان الادارية المختصـــة بنظر منازعات معينة مثل :

- الطعون فى قرارات لجان تحديد أجرة الأماكن :

كان قانون ايجار الأماكن السابق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ينص فى المادة ٤٠ منه على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر جميع المنـــازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون . ثم ألغى هذا القانون وحـــل محله القانون الحالى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ونص فى المادة ١٨ منه على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الطعون فى قرارات لجان تحديد الأجرة . ولم ينص المشرع فى هذا القانون على اختصاص المحكمة الابتدائية بغير هذه الطعون ، الأمر الذى يؤدى بالضرورة الى القول بأنه فيما عدا الطعون فى قرارات لجان تحديد الأجرة يكون الاختصاص بنظر منازعات ايجار الأماكن خاضعا للقواعد العامة فى الاختصاص القيمى (١٠٦) .

- طعون الضرائب :

تنص المادة ٥٤ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ معدلة بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٥٣ على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الدعاوى المرفوعـــة بالغاء القرارات الصادرة عن لجان طعون الضرائب بصرف النظـــر عن

---

(١٠٦) انظر فتحى والى - الوسيط - ص ٢٩١ هامش (١) .

قيمة الضريبة المتنازع بشأنها ، وتستأنف أحكام المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمتها (١٠٧) .

ـ الطعن فى تقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة :

تنص المادة ١٧ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٥٦ فى شأن نزع ملكيـــة الأحياء لاعادة تخطيطها وتعميرها ، أن لذى الشأن والسلطة القائمة على تنفيذ المشروع الطعن فى قرارات اللجنة المنصوص عليها فى « المادة ١٦ » أمام المحكمة الابتدائية ... وهى خاصة بتقدير التعويض المترتب على نزع ملكية الأحياء للمنفعة العامة .

ويلاحظ أن اختصاص المحكمة الكلية بهذه الطعـــون ليس معناه أنها تفصل فيها باعتبارها محكمة استئنافية بالنسبة لقرارات هذه اللجان ، وانما باعتبـــارها محكمة للدرجة الأولى ، والحـــكم الصـــــادر منها فى هذه الطعـــون يقبل أو لا يقبـــل الاستئناف بحسب القواعد العامة (١٠٨) .

٥ ـ الطلبات العارضة والمرتبطة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ على اختصاص المحكمة الابتدائية « بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضـــة وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها » ونظرا لأهمية هذه الطلبات وتأثيرها على قواعد الاختصاص ، فاننـــا نخصص دراسة مستقلة .

---

(١٠٧) بالرغم من أن قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ١٩٥٥ ، ١٩٥٩ وآخرها القانون الحالى ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على اختصاص مجلس الدولة بالطعون فى القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية فى منازعات الضرائب والرسوم (م ١٠/٦ من القانون الحالى) الا أن هذا النص ما زال معطلا اذ أن المشرع قد علق تطبيق هذا النص على صدور قانون الاجراءات الادارية والذى لم يصدر بعد . فتنص المادة ٣/٢ من قانون اصدار قانون مجلس الدولة على استمرار الجهات الحالية فى نظر منازعات الضرائب والرسوم .. الى أن يصدر قانون الاجراءات الخاصة بالقسم القضائى .

(١٠٨) أنظر نقض ١٩٥٦/١٢/٦ س ٧ ص ٩٦١

المبحث الثـــالث

الاختصاص المحلى

Competenza Territoriale

٢٤٠ - تمهيد وتقسيم :

بعد أن يتم تحديد ما يدخل فى اختصاص كل محكمة من محاكم الدرجة الأولى قيميا أو نوعيا ، يجب توزيع هذه القضايا على المحاكم المتحدة فى الطبقة ، المتعددة والمنتشرة فى المدن والمراكز المختلفة ، حيث أن كل محكمة منها تباشر وظيفتها القضائية والولائية بالنسبة لما يدخل فى اختصاصها فى نطاق اقليمى محـــــدد ، يعرف بدائرة الاختصاص ، ويحدد القانون دائرة اختصاص المحاكم الابتدائية ، كما يتولى وزير العدل تحديد دائرة اختصاص المحاكم الجزئية .

ويقوم المشرع بهذا التوزيع مستهدفا اعتبارات مختلفة ، منهـــا تحقيق مصلحة الخصوم ، بعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه ، وتحقيق مصلحة القضاة فى عدم تكليفهم مشقة الانتقال والسفر الى مكان المتنازع عليه ، اذا اقتضى تحقيق الدعوى اجراء المعاينة . وغيرها من الاعتبارات الأخرى التى سوف نبينها فى موضوعها .

وقد عرف الفقه الاسلامى تخصيص القضاة بنظر المنازعات كافـــة أو بعضها فى دائرة محددة ، بلد معين أو ناحية منها ، اذ يجوز أن يكون القاضى خاص العمل ، فيقلد النظر فى أحد جانبى البلد أو فى محلة منه ، فتنفذ أحكامه فى الجانب الذى قلده والمحلة التى عينت له ، وينظر بين ساكنيه أو الطارئين اليه » (١٠٩) .

وقد وضع المشرع قاعدة عامة فى الاختصاص المحلى ، ثم أتبعهـــا بعد ذلك بعدد من القواعد الخاصة ، ونبين فيما يلى القاعدة العامة ، ثم نتبعها بالقواعد الخاصة فى الاختصاص المحلى .

---

(١٠٩) أنظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ص ١٠٤ ، بند ٦٦ النظام القضائى الاسلامى ص ٢٥٨ .

المطلب الأول

القاعدة العامة : محكمة موطن المدعى عليه

٢٤١ ـ مضمون القاعدة العامة :

تنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن : « يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

يتضح أن المشرع قد وضع القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى ، وعقده ـ كأصل ـ لمحكمة موطن المدعى عليه . وتطبق هذه القاعدة ـ نظرا لعمومها ـ على الدعاوى كافة التى ترفع الى محاكم الدرجة الأولى (١١٠) جزئية كانت أم ابتدائية . وتستهدف هذه القاعدة المساواة بين مراكز الخصوم فى الدعوى ، فالمدعى هو الذى يبدأ الدعوى ، ويختار الوقت الذى يناسبه لبدئها ، بعد أن يكون قد أعد مستنداته وأدلته ، فعليه حتى لا يكون فى وضع أفضل أن يسعى ـ تحقيقا للمساواة بينه وبين المدعى عليه ـ الى محكمة المدعى عليه ليقاضيه أمامها ، فليس من المنطق أن يستدعى المهاجم « المدعى » الى موطنه من يريد مهاجمته « المدعى عليه (١١١) ، وانما عليه أن يذهب الى موطن هذا الأخير . هـذا بالاضافة الى أن الأصل فى الانسان البراءة حتى يثبت العكس ، وعلى مدعى هذا العكس أن يذهب الى موطن من يدعى بعدم براءة ذمتـه لاثباتها .

---

(١١٠) أما الاختصاص المحلى لمحاكم الدرجة الثانية فهو لا يتحـدد بموطن المستأنف عليه أو المطعون ضده ، وانما يتحدد على أساس المحكمة المطعون فى حكمها ، وهو لذلك يعد اختصاصا متعلقا بالوظيفة ، ولذا يعتبر أختصاص محلى متعلق بالنظام العام (أنظر ما تقدم بند ٢٤٩) .

(١١١) عبد الباسط جميعى ـ ص ٦١ . ابراهيم سعد ـ ص ٤٧٣ . فتحى والى ص ٢٩٤ بند ١٦٤ وانظر فى التعليق على المادة ١٨ مرافعـات ايطالى ـ ساتا فى تعليقه جـ ١ ص ١١٣ وما بعدها .

Andrioli V. : Rassegna di giurisdizione sul Cod. Proc. Civ. Libro Primo. 1954, p. 84 - 86.

Vincent et Guinchard, op. cit, No. 222.

٢٤٢ ـ المقصود بالموطن : Domicile

هو المقر القانونى للشخص ، أى المكان الذى يخاطب فيه الشخص قانون خاصا بنشاطه (١١٢) . وقد نصت المادة ٤٠ مدنى على أن الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة (١١٣) . واذا كان المشرع ينص على الاقامة عادة ، فانه لم يشترطها على الدوام دون انقطاع ، فيعتبر عنصر الاستقرار متوافر ولو تغيب الشخص عن المكان فى فترات متقاربة أو متباعدة (١١٤) وأمر تقدير الاستقرار من الأمور التى يستقل بهـــا

---

(١١٢) أنظر عبد المنعم البدراوى ـ المدخل للقـــانون الخاص ١٩٥٧ طبعة أولى ص ١١٩ وما بعدها ، وانظر اسماعيل غانم ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ص ١٨٢ ـ ١٨٣ ، أحمد سلامة ـ المدخـــل لدراسة القانون ك ٢ ، سنة ١٩٥٤ ص ١٥٨ ، عبد الفتاح عبد الباقى ـ نظرية الحق سنة ١٩٦٥ ص ١٣٥ ،

Planiol M. et Ripert G. Traité Pratique de droit civil Francais T. I, Paris P. 175 et suiv. No. 137 et s. Planiol M, Traité élémentaire de droit civil, 1908 P. 201 no. 554.

Dekkers René, Précis de droit civil Belge. 1954. I P. 63. no 75.

Vincent et Guinchard, procedure civile, 1981, no 220, p. 251.

(١١٣) وبذلك يكون المشرع المصرى قد أخذ بفكرة التصوير الواقعى للموطن ، والذى يجب أن يتوافر فيه عنصران : الاقامة وهى العنصر الرئيسى فى تحديد الموطن ، ونية الاستقرار (الاقامة عادة) أنظر فى تفاصيل التصوير الواقعى للموطن والتصوير الحكمى له ـ عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٦ وما بعدها ، حسام الأهوانى ص ١٠٦ وما بعدها ، أحمد سلامة ص ١٥٩ ، اسماعيل غانم ص ١٨٣ ـ ١٨٤ ، بلانيول وريبير ـ المطول ج ١ ص ١٧٥ وما بعدها ، والموطن بعنصريه المادى والمعنوى يختلف عن محـــل الاقامة Residence والذى يتوافر فيه العنصر المادى (الاقامة) الوجود ، دون العنصر المعنوى (الاعتياد) ، فمحل الاقامة هو المكان الذى يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة ،

(١١٤) فالمهم أن تستمر الاقامة فى المكان بشكل يتحقق معه القول بأن الشخص قد اعتاد الاقامة فى هذا المكان (أنظر نقض ١٩٥٤/١٢/١٦ ـ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ج ٢ ص ١٠١٠ رقم ٢ ، نقض ١٩٦٩/٥/١٧ س ٢٠ ص ٨٠٢ ، وراجع تعريف الموطن فى قضاء النقض الحديث حكمها فى ١٩٧٧/١/١٢ فى الطعن ٣٨ لسنة ٤٥ ق ،

قاضى الموضوع (١١٥) . وهذا الموطن هو الموطن العام الذى يعتد به القانون بالنسبة لكل شئون الشخص ، وفيه توجه اليه كافة الدعاوى بالحقوق الشخصية ودعاوى المسئولية بأنواعها المختلفة وحقوق الأسرة وغيرها من الدعاوى ، سواء كانت تقريرية أو منشـــــئة أو كانت بالالزام (١١٦) .

واذا كان الأصل أن الانسان يختار بارادته موطنه الذى يخاطب فيه قانونا بالنسبة لكل شئونه ، فان المشرع أحيانا ، قد يفرض موطنا له ، مثل موطن عديمى الأهلية وناقصيها ومن فى حكمهم ، فهو موطن من ينوبون عنهم قانونا من الأولياء أو الأوصياء وغيرهم « م ١/٤٠ » . وقد يتخذ الشخص لنفسه بجانب موطنه العام ، موطنا خاصا له ، خاصا بنشاطه القانونى أو الحرفى (١١٧) يطلق عليه موطن الأعمال ، ويكون موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (١١٨) وقد يختار الشخص لنفسه بارادته موطنا معينا بالنسبة لعمل قانونى معين ، وقد يجبر على اختيار موطن له بالنسبة لعمل معين « ٣٠ قانون

---

(١١٥) نقض ١٩٧٦/١١/١٨ ، س ٢٧ ، ص ١٦١٩ ، نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ المشار اليه ، ١٩٥٤/١٢/١٦ - المشار اليه . وانظـــــر دكرز - مختصر القانون المدنى البلجيكى جـ ١ ص ٦٥ .

(١١٦) كوستا بند ١٠٧ ص ١٥١ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٥

(١١٧) أنظر فى الموطن القانونى - أحمد سلامة بند ٩٢ ص ١٦٠ . اسماعيل غانم - ص ١٨٥ مع مراعاة أن موطن القاصر الذى بلغ ثمانيـة عشرة عاما ومن فى حكمه يكون موطنا خاصا بالنسبة للأعمال أو التصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها (م ٢/٤٢) . ويكون - قياسا - موطن القاصر الذى بلغ السادسة عشرة موطنا خاصا بالنسبة للتصرفات التى هو أهل لمباشرتها - اسماعيل غانم ص ١٨٦ - ديكرز - المرجع الســــابق بند ٨٤ ص ٦٨ .

(١١٨) ولا يعتبر هذا الموطن الخاص موطنا يعتد به القانون الا بالنسبة لادارة التجارة أو الحرفة . وعلى ذلك فلا يعتبر مكان الوظيفة موطنـــا بالنسبة للموظف بالنسبة للدعاوى التى توجه اليه بصفة شـــــخصية نقض ١٩٥٢/٢/٧ مجموعة المبادىء القانونية فى ٢٥ عام جـ ٢ ص ١٠١٠ رقم ٤ ، ١٩٦٩/٥/٢٧ س ٢٠ ص ٨٠٢ . كما أن مكتب المحامى لا يكون موطنا بالنسبة لشئونه الخاصة . نقض ١٩٥٥/٣/٣١ مجموعة المبادىء جـ ٢ ص ١٠١٠ رقم ٥ .

الشهر العقارى ٢/٧٤ مرافعات ٥/٧٩ مرافعات » ، والموطن فى الحالتين يعتبر موطنا مختارا للشخص ، وخاصا بالنسبة للعمل القانونى الذى اختير له .

أما موطن الشخص الاعتبارى فيتحدد بالمكان الذى يوجد به مركز ادارته الرئيسى « م ٢/٥٣ مدنى » . أما بالنسبة للفروع ، فيعتبر موطن الفرع موطنا خاصا بالنسبة للأعمال المتعلقة بهـذا الفـرع « م ٢/٥٢ مرافعات » .

٢٤٣ ـ تحديد محكمة موطن المدعى عليه :

المدعى عليه هو الخصم الموجه اليه طلب المدعى (١١٩) . ومحكمة هذا الخصم هى محدد الاختصاص المحلى ، فان كان له أكثر من موطن رفعت الدعوى بحسب اختيار المدعى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها أى منها . واذا لم يكن للمدعى عليه موطن فى الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل اقامته Residence واذا لم يكن له موطنا أو محل اقامة بالجمهورية ، كما لو كان أجنبيا أو من البدو الرحل ، يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى أو محل اقامته ، واذا لم يكن للأخير بدوره موطن ولا محل اقامة بالجمهورية كان الاختصاص لمحكمة القاهرة « م ٦١ مرافعات » .

ولما كانت المحاكم الجزئية متعددة داخل مدينة القاهرة ، وكذلك وجدت محكمة ابتدائية ثانية داخل مدينة القاهرة ، فلا مناص من القول بان المدعى بالخيار فى أن يرفع دعواه أمام أية محكمة جزئية بمدينـة القاهرة أو أمام أى من محكمتى القاهرة الابتدائيتين (١٢٠) . ويتحدد الاختصاص المحلى بموطن المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، ولو تغير فى أثناء نظرها (١٢١) .

---

(١١٩) أنظر ساتا ـ تعليق ص ١١٥ بند ٣ .
Vimcent et Guimchard Rrocedure, civile, 1981, no 218, p. 250.

(١٢٠) فتحى والى ـ الوسيط ص ٢٩٥ . أحمد مسلم بند ٢٥١ ص ٢٦٨ .

(١٢١) سـاتا ـ تعليـق ج ١ ص ١١٤ بند ٢ . نقض ايطالى ١٩٤٣/١٢/٢١ الذى أشار اليه ساتا . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٧٦ ص ٤٨٧ .

المطلب الثـــانى

القواعد الخاصة فى الاختصاص المحلى

٢٤٤ - تحـــديد :

بعد أن نص المشرع على القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى ، فى المادة ٤٩ أورد بعد ذلك عدة قواعد خاصة يتحـــدد على أساسها الاختصاص المحلى ، ويمكننا تصنيف هذه القواعد الى نوعين : قواعد تعقد الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه ، وقواعـــد تجعل الاختصاص مشتركا بينها وبين محكمة أو محاكم أخرى :

الفـــرع الأول

الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه

٢٤٥ - تحـــديد :

نص المشرع على عدة حالات يكون الاختصاص فيها لمحكمة ليست هى محكمة موطن المدعى عليه ، ونبين هذه الحالات فيما يلى :

٢٤٦ - ١ - الدعاوى العقارية :

تختص بالدعاوى العينية العقارية محليا ، المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار كله ، أو جزء منه ، ان كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة. وما يطبق بشأن هذه الدعاوى من حيث الاختصاص يطبق أيضا بالنسبة لدعاوى الحيازة (م ١/٥٠) . وعلة ذلك تكمن فى أن محكمة موقع العقار ، هى أقدر المحاكم على الفصل فى الدعاوى المتعلقة به ، نظرا لقربها منه ، الأمر الذى يمكنها بسهولة من الانتقال لمعاينة العقار ، أو سماع شهود يقيمون بجواره ، ان رأت أهمية لذلك (١٢٢) . ويشـــترط لاختصاص محكمة موقع العقار بالدعوى المتعلقة به ، أن تكون هذه الدعوى دعوى عينية ، أى متعلقة بحق عينى على العقار ، بتقريره أو نفيه (١٢٣)

---

(١٢٢) فنسان وجنشـــار بند ٢٢٥ ص ٢٥٥ . موريل بند ٢٦٢ ص ٢٢٤ . جارسونيه وسيزار برو جـ ١ بند ٥٥٥ ص ٨٤٩ .

(١٢٣) كوستا بند ١٠٩ ص ١٥٣ . على عكس كيوفندا الذى يرى رفع الدعوى العينية العقارية التقريرية التى تنتهى بحكم لا يمكن تنفيذه تنفيذا جبريا الى محكمة موطن المدعى عليه مبادىء ص ٥٥٠ .

سواء كان حقا عينيا أصليا كحق الملكية ، أو حق ارتفاق أو انتفاع ، أو كان حقا عينيا تبعيا كرهن أو اختصاص . وعليه فلا تخضع لهذه القاعدة الدعاوى المتعلقة بعقار اذا لم يكن موضوعها حق عينى عليه ، مثل دعوى المطالبة بالأجرة أو بطلان أو فسخ عقد بيع العقار الا اذا اقترنت هذه الدعوى بطلب استرداد العقار (١٢٤) .

واذا وقع العقار فى دوائر أكثر من محكمة كان الاختصاص لأى منها ، سواء كانت محكمة الجزء الأكبر أو الأصغر ، سواء كان مفروضا عليه ضريبة أم لا .

٢٤٧ - ٢ - الدعاوى التى ترفع على الأشخاص الاعتبارية العامة :

تنص المادة ٥١ على أنه فى « الدعاوى الجزئية التى ترفع على الحكومة أو وحدات الادارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة ، مع مراعاة القواعد المتقدمة » . وبذلك يكون المشرع عقد الاختصاص بالدعاوى الجزئية التى ترفع على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة للمحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة . وحكمة ذلك تتمثل فى تسهيل مهمة من يتولى الدفاع عن الحكومة ووحداتها وهى هيئة قضايا الدولة ، وذلك بتركيز الدعاوى التى ترفع عليها أمام محكمة واحدة ، هى محكمة مقر المحافظة (١٢٥) . وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى جزئية على مجلس مدينة منيا القمح ، فتكون المحكمة المختصة بنظرها هى محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، لأنها التى يقع بدائرتها مقر محافظة الشرقية .

- نطاق تطبيق هذه القاعدة :

يتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة بالدعاوى الآتية :

---

(١٢٤) كوستا - الاشارة السابقة - دونوفريو جـ ١ بند ٦٤ ص ٥٣ فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٦ .

(١٢٥) أنظر فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٧ - بند ١٦٧ . رمزى سيف بند ٢٥٣ . محمد وعبد الوهاب العشماوى جـ ١ بند ٣٧٩ . أحمد مسلم - بند ٢٥٧ ص ٢٧٢ . أبو الوفا بند ٣٣٨ . عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٨٥ - ٨٦ .

- الدعاوى الجزئية :

فلا يسرى حكم هذه القاعدة على الدعاوى الابتدائية التى ترفع على هذه الأشخاص ، فانها تظل محكومة بالقواعد العامة . وان كان تطبيقها يؤدى الى نفس النتيجة التى تستهدفها المادة ٥١ اذ أن الدعوى الابتدائية لا ترفع الا أمام المحكمة الابتدائية وهى واحدة توجد فى عاصمة كل محافظة . أما بالنسبة للمحافظة التى يوجد بها أكثر من محكمة ابتدائية واحدة كمحافظة القاهرة ، فنرى أن الاختصاص يكون لمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية وذلك قياسا على حكم المادة ٥١ ، نظرا لوحدة العلة فيهما .

- الدعاوى المبتدأة :

لا يسرى حكم المادة ٥١ الا على الدعاوى المبتدأة التى ترفع على أى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، فهى لا تسرى على الدعاوى المرفوعة من هذه الأشخاص على الأفراد ، فتظل خاضعة للقواعد العامة . كما لا تسرى على الدعاوى القائمة التى يتدخل أو يدخل فيها الشخص الاعتبارى ، بطلب عارض والتى تظل فى اختصاص المحكمة التى رفعت اليها ابتداء (١٢٦) .

- الدعاوى التى ترفع على الشخص الاعتبارى وحده :

لا يسرى حكم المادة السابقة فى حالة تعدد المدعى عليهم ولو كان من بينهم شخص اعتبارى عام . اذ أن المشرع قد نص فى المادة ٥١ على ضرورة احترام ما سبق من قواعد ، ومنها المادة ٣/٤٩ والتى تقضى باختصاص محكمة موطن أى من المدعى عليهم حال تعددهم ، وعلى ذلك فان رفعت الدعوى على شخص اعتبارى عام وشخص خاص « اعتبارى أو طبيعى » . كان للمدعى الخيار بين أن يرفع دعواه أمام محكمة موطن أحدهما ولو لم تكن هى المحكمة الجزئية التى يوجد بدائرتها مقر

---

(١٢٦) أبو الوفا - الاشارة السابقة . عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٨٤ - ٨٥ . ابراهيم سعد ص ٤٨٣ . فتحى والى - ص ٢٩٨ .

المحافظة (١٢٧) . فان أراد المدعى أن يرفع دعواه الجزئية على مجلس مدينة منيا القمح ، وسيد المقيم بدائرة مصر الجديدة ، فله أن يرفع دعواه اما الى محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، واما الى محكمة مصر الجديدة الجزئية .

- الدعاوى الشخصية والمنقولة :

يقتصر نطاق المادة ٥١ أخيرا على الدعاوى الجزئية المنقولة أو الدعاوى الشخصية ، ولا يشمل الدعاوى العينية العقـــارية أو دعاوى الحيازة ، والتى تظل محكومة فى رأينا بنص المـــادة ٥٠ من قانون المرافعات ، والتى تعطى الاختصاص بهذه الدعاوى لمحكمة موقع العقار . وعلى ذلك فاذا ما رفعت دعوى جزئية للمطالبة بتقرير أو نفى حق عينى على عقار يقع خارج اختصاص المحكمة الجزئية التى بها مقر المحافظة ، فوفقا للرأى الغالب (١٢٨) تختص بهذه الدعوى المحكمة الجزئية التى يقع بدائرتها مقر المحافظة التى بها يقع العقار . ومن ثم فاذا رفعت دعوى على مجلس مدينة مصر الجديدة للمطالبة بحق عينى على عقـار يقع فى مدينة منيا القمح « والفرض أن قيمة العقار أقل من ٥٠٠ جنيه » فترفع الدعوى وفقا للرأى الغالب أمام محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، باعتبارها محكمة مقر المحافظة التى يقع بها العقار محـــل النزاع . ولكننا لا نؤيد هذا الرأى ، ونرى أن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هى محكمة منيا القمح الجزئية ، باعتبارها محكمة موقع العقار وفقـــا للمادة ٥٠ مرافعات ، ولو لم تكن هى محكمة مقر المحافظة ، وذلك احتراما لارادة المشرع الذى قيدنا فى تطبيق حكم المادة ٥١ بضرورة مراعاة

---

(١٢٧) رمزى سيف - بند ٢٥٣ - ص ٢٩٧ . ابراهيم نجيب بند ١٩٤ ص ٤٨٣ . أحمد مسلم بند ٢٥٨ ص ٢٧٤ - ٢٧٥ - أحمد السيد صاوى شرح ص ٢٢١ . عكس ذلك عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٨٨ - ٨٩ . أبو هيف بند ٦١٢ . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٧٩ - قارن فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٩ هامش (١) .

(١٢٨) فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٨ - ٢٩٩ . عبد الباسط جميعى مبادىء ص ٨٧ . أحمد أبو الوفا - بند ٣٢٨ ص ٣٦٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٧٩ ص ٤٨٩ . محمد كمال عبد العزيز . ص ١٧٢ - ١٧٣ عبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٢٧٢ بند ١٧٣ .

القواعد المتقدمة ومنها حكم المادة ٥٠ ، هذا اذا أضفنا أن نص المادة ٥١ يعد نصا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه (١٢٩) .

- الدعاوى التى لا يدخلها المشرع وظيفيا فى اختصاص محكمة أخرى :

يقتصر نص المادة ٥١ أخيرا على الدعاوى التى لا يدخلها المشرع وظيفيا فى اختصاص محكمة أخرى ، والتى تختص بها ولو لم تكن محكمة مقر المحافظة ، المحكمة التى تنظر طلب تفسير حكم صادر عنها (١٣٠) .

٢٤٨ - ٣ - دعاوى الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة :

رأينا أن القاعدة العامة تقضى باختصاص المحكمة التى يقع بدائرتها المركز الرئيسى لادارة الأشخاص المعنوية بالنسبة للدعاوى التى ترفع عليها (م ٥٢) ، الا أن المشرع قد خرج على مقتضى هذه القاعدة ، وعمم حكمها على الدعاوى التى ترفع من هذه الأشخاص على أعضائها أو شركائها ، وكذلك على الدعاوى التى ترفع من أى من هؤلاء الأعضاء أو الشركاء على بعضهم البعض . اذ كان من المفروض طبقا للقاعدة العامة أن ترفع الدعوى من الشركة على الشريك أمام محكمة موطنه باعتباره مدعيا عليه ، ولكن المشرع جعل الاختصاص بهذه الدعوى لمحكمة موطن الشركة ، ولو كانت مدعية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من شريك على آخر . وذلك لأن الفصل فى هذه الدعاوى بكفاءة يتطلب الاطلاع على الأوراق والمستندات والتى تحفظ فى مركز ادارة الشركة ، مما يتطلب عقد الاختصاص لمحكمة تكون قريبة من هذا المركز (١٣١) .

---

(١٢٩) أحمد مسلم - ص ٢٧٤ - ٢٧٥ بند ٢٥٨ . رمزى سيف بند ٢٥٣ ص ٢٩٧ . ابراهيم سعد ص ٤٨٤ - ٤٨٥ . أحمد السيد صاوى ص ٢٢١ .

(١٣٠) أنظر فتحى والى - الوسيط - ص ٢٩٨ .

(١٣١) فتحى والى ص ٢٩٩ . العشماوى ج ١ بند ٣٨٦ ص ٤٩٨ . ابراهيم سعد ص ٤٨٥ . وقارن كوستا بند ١١٠ ص ١٥٥ . فنسان وجنشار ، بند ٢٢٣ - ٢٢٤ .

- نطاق تطبيق المادة ٥٢ مرافعات :

يتحدد نطاق هذه المادة بـ :

- الدعاوى المرفوعة بين الشركة وشركائها :

لا تسرى هذه القاعدة الا على الدعاوى التى ترفع من الشركة على أحد الشركاء أو الأعضاء بها ، أو من احد الأعضاء أو الشركاء على عضو أو شريك آخر . وعلى ذلك لا ينطبق حكمها على الدعوى المرفوعة من الشركة على شخص لا يعد عضوا أو شريكا بها ، ولا على الدعاوى التى يرفعها شريك أو عضو على شخص لا يعد كذلك ، ولا على الدعوى التى يرفعها الغير ضد شريك أو عضو بالشركة أو الجمعية (١٣٢) ، فكل هذه الدعاوى تظل خاضعة للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى .

- الدعاوى المتعلقة بالشركة :

ينحصر تطبيق هذه القاعدة كذلك على الدعاوى المتعلقة بالشركة أو الجمعية . وهذا يقتضى أولا أن يكون للشركة أو الجمعية وجود ولو كان وجودا فعليا (١٣٣) ، بمعنى أن تكون قائمة أو حتى تحت التصفية، فان كانت الشركة أو الجمعية قد صفيت نهائيا فلا يسرى عليها حكم هذه المادة . كما يجب ثانيا أن يتعلق موضوع الدعوى بالشركة أو الجمعية ، سواء كان ببطلان عقد تأسيسها أو بفسخه أو بحل الشركة أو الجمعية أو بتصفيتها أو بتقسيم أموالها أو بتوزيع أرباحها . وعلى ذلك فلا يسرى حكم هذه المادة على الدعوى التى يرفعها شريك على شريك آخر يطالبه بتنفيذ عقد أبرم بينهما (١٣٤) . كما لا تسرى هذه القاعدة الا على الشركات التى يكون لها مركز ادارة ، ومن ثم فلا يسرى حكمها على

---

(١٣٢) أنظر كوستا بند ١١٠ ص ١٥٥ .

(١٣٣) أنظر فنسان ، وجنشار ، بند ٢٢٣ ص ٢٥٣ . العشماوى ص ٥٠٠ بند ٣٩٠ . ابراهيم سعد ص ٤٨٧ .

(١٣٤) جارسونيه - وسيزار - برو ص ٥٨٩ بند ٥٦١ .

شركات المحاصة فترفع دعواها أمام محكمـــة موطن احـــد الشركاء فيها (١٣٥) .

- جميع الدعاوى المتعلقة بالشركة أو الجمعية :

تطبق المادة ٥٢ بصرف النظر عن أى قاعدة اختصاص سابقة ، فهى وحدها الواجبة التطبيق ولو رفعت الدعوى على الشركة أو أحد الشركاء . وكذلك بالنســبة للدعاوى العينية العقــارية تكون محكمة الشركة هى المختصــة بنظرها ولو لم تكن محكمة موقع العقار (١٣٦) ، لأن المشرع لم ينص هنا كما نص فى المادة ٥١ مرافعات على ضرورة مراعاة القواعد المتقدمة .

وما تقدم من أحكام يسرى على دعاوى فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة بالنسبة لأعمال هذا الفرع « م ٢/٥٢ » .

٢٤٩ - ٤ - دعاوى التركات :

نقضى المادة ٥٣ مرافعات بأن : « الدعاوى المتعلقة بالتركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى » . وقد أراد المشرع بذلك جمع المنازعات المتعلقة بالتركة ، أمام محكمة واحدة ، تيسيرا للفصل فيها ومنعا لتضارب الأحكام بشأنها ، وليس أقدر على الحكم فيها من المحكمة التى افتتحت فيها التركة « وهى محكمة آخر موطن للمتوفى » ، وكذلك الفصل فى منازعاتها (١٣٧) .

ويشترط لتطبيق هذا النص أن تكون الدعوى مرفوعة من الدائن على الورثة أو من بعض الورثة على بعضهم ، وأن تكون الدعوى متعلقة

---

(١٣٥) وذلك لانعدام معيار تحديد الاختصاص - فتحى والى ص ٣٠٠ ابراهيم سعد ص ٤٨٨ . جارسونيه - وسيزار - برو - الاشارة السابقة . دونوفريو ج ١ ص ٥٧ .

(١٣٦) أنظر فتحى والى - ص ٣٠٠ - ٣٠١ . عكس ذلك محمــد وعبد الوهاب العشماوى - الاشارة السابقة - محمد كمال عبد العــزيز ص ١٧٣ . ابراهيم سعد ص ٤٨٨ .

(١٣٧) أنظر فنسان وجنشار ، بند ٢٢٦ ، ص ٢٥٦ وما بعدها .

بالتركة دبل تمام قسمتها بصفة نهائية . وعلى ذلك فان الدعوى التى ترفع من الدائن على الورثة للمطالبة بدين له فى دمة مورنهـــم ، وكذلك الدعوى التى ترفع من أحد الورثة للمطالبة بنصيبه فى التركة ، يجب رفعها امام محكمة أخر موطن للمتوفى . أما الدعوى التى ترفع من الورثة على الغير للمطالبة بدين التركة أو مال من أموالها ، أو الدعوى التى يرفعها الدائن على أحد الورثة للمطالبة بحق له فى ذمته ، فيجب رفعها وفقا للقاعدة العامة فى الاختصاص وليس أمام محكمة آخر موطن للمتوفى .

وتطبق القاعدة السابقة على كل الدعاوى المتعلقة بالتركة ، بغض النظر عن قواعد الاختصاص السابقة ، حتى ولو تعلقت الدعوى بحق عينى عقارى (١٣٨) ، نظرا لأن المشرع لم يقيد تطبيقها بضرورة مراعاة القواعد المتقدمة كما فعل بالنسبة للدعاوى التى ترفع على الأشـــخاص الاعتبارية العامة .

٢٥٠ ـ ٥ الدعاوى المتعلقة بالافلاس :

يكون الاختصاص بمسائل الافلاس للمحكمة التى قضت به (م ٥٤). والمحكمة المختصة نوعيا بشهر الافلاس هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل التاجر ، أيا كان المدعى فيها ، دائنا كان أو مدينا (١٣٩) ولا شك أن المحكمة التى قضت بشهر الافلاس هى أقدر المحاكم على الفصل فى كل ما يتعلق بادارة التفليسة أو التى يتطلب الفصل فيهـــا تطبيق قاعدة من قواعد الافلاس ، وسواء رفعت الدعوى من السنديك أو الدائن أو الغير أو عليهم (١٤٠) . وتختص هذه المحكمة بالفصل فى هذه المسائل بغض النظر عن أى قاعدة اختصاص أخرى (١٤١) . اذ أن اختصاصها يتعلق بوظيفتها ، شأنها فى ذلك شأن محكمة التركات ومحكمة المركز الرئيسى للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

---

(١٣٨) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ٣٠٢ ٠ أحمد أبو الوفا بند ٣٤٠ عكس ذلك ابراهيم سعد ص ٤٩١ ٠ محمد وعبد الوهاب العشـــماوى بند ٣٩٣ ص ٤٠٥ ٠ كمال عبد العزيز ص ١٧٤ ٠

(١٣٩) أحمد مسلم بند ٢٦١ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩ ٠

(١٤٠) أحمد مسلم ـ الاشارة السابقة ٠ فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤ ٠ العشماوى ص ٥٠٦ ٠ رمزى سيف ص ٣٠٤ ٠ أبو الوفا بند ٣٤١ ، فنسان وجنشار ، بند ٢٢٩ ، ص ٢٥٩ ٠

(١٤١) فتحى والى ـ الاشارة السابقة ـ ابراهيم نجيب ص ٢٩٢ ٠ العشماوى ص ٥٠٦ ٠

الفــرع الثــانى

حالات الاشتراك فى الاختصاص المحلى

٢٥١ - تحــديد :

هناك حالات أخرى يجعل المشرع الاختصاص المحلى بنظرهـا مشتركا بين محكمة موطن المدعى عليه ، ومحكمة أخرى يحددها ، ويكون الخيار بينها للمدعى . مع مراعاة أن رفع الدعوى أمام احـدى المحاكم التى يمكن رفع الدعوى اليها من شأنه نزع الاختصاص بالحكم فيها من المحاكم الأخرى . وفيما يلى أهم هذه الحالات :

١ - محكمة الموطن الخاص أو المختار :

اذا ما كان للمدعى عليه موطنا خاصا بحرفته أو تجارته يقع فى دائرة محكمة غير تلك التى يقع فى دائرتها موطنه العام ، فيكون للمدعى الخيار فى رفع الدعوى المتعلقة بالتجارة أو الحرفة على هذا الشخص الى أى من المحكمتين . وكذلك الأمر بالنسبة للموطن المختار بالنسـبة لعمل معين ، وكذلك بالنسبة لدعاوى فروع الأشخاص الاعتبارية الخاصة، فيمكن رفعها اما أمام محكمة مركز الادارة الرئيسى أو محكمة مركز الفرع باعتباره موطنا مختار للشخص المعنوى (١٤٢) وكذلك اذا اتفق على اختصاص محكمة معينة ، كان الاختصاص لهذه المحكمة أو المحكمة موطن المدعى عليه (م ٦٢) .

٢ - الدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى المختلطة :

يكون الاختصـاص بالدعاوى الشـخصية العقارية والدعاوى المختلطة (١٤٣) للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعى عليه (م ٥٠/٢ مرافعات) ، وذلك نزولا على مقتضيات الازدواج الواقع فى هذه الدعاوى نظرا لأن المطلوب فيها تقرير حق عينى على

---

(١٤٢) فى هذا المعنى - فتحى والى - الوسيط - ص ٣٠٤ - ٣٠٥ بند ١٧١ ، وانظر فنسان ، وجنشار ، بند ٢٣٢ ص ٢٦٢ .

(١٤٣) رمزى سيف بند ٢٥٣ ص ٢٩٧ . أبو الوفا بند ٣٣٧ . فنسان وجنشار ، بند ٢٣٤ ، ص ٢٦٣ .

عقار استنادا لحق شخص (١٤٤) ومثالها دعوى بطلان العقد وطلب استرداد العقار . والدعوى المرفوعة بعقد غير مسجل للمطالبة بتقرير ملكية المشترى .

٣ ـ الدعاوى التجارية :

يكون الاختصاص بالدعاوى التجارية ، فيما عدا مسائل الافلاس ، لمحكمة موطن المدعى عليه ، أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها ، أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها (م ٥٥ مرافعات) ، وذلك تيسيرا على المدعى فى الدعاوى التجارية فى أن يختار لدعواه أى من المحاكم المذكورة . ويكون له ذلك ولو لم يكن المدعى عليه تاجرا طالما كانت الدعوى تجارية بالنسبة له (١٤٥) فالمهم أن تكون الدعوى تجارية ، وسواء بعد ذلك رفعت الدعوى الى محكمة مدنية أو الى محكمة تجارية (١٤٦) . ومن ناحية أخرى فان القاعدة لا تنطبق الا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالعقود أيا كان نوعها ، وأيا كان موضوعها ، أى سواء كان بصحة أو بطلان العقد أو بفسخه أو كان بتنفيذه .

٤ ـ دعاوى محكمة المدعى ـ وهى :

أ ـ دعاوى التوريدات والمقاولات والأجور :

يكون الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والاجراء لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى (م ٥٦) . من هذا يتضح أن المشرع قد عقد الاختصاص المحلى بنظر دعاوى التوريدات والمقاولات الخاصة وكذلك أجرة المساكن وأجور العمال

---

(١٤٤) أحمد مسلم ص ٢٧٠ . رمزى سيف ـ ص ٢٩٧ . العشماوى ص ٤٩٦ . أبو الوفا ـ الاشارة السابقة . فتحى والى ـ ص ٣٠٥ . ابراهيم سعد ص ٤٩٤ ، نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، س ١٤ ، ص ٣٥٥ .

(١٤٥) أحمد مسلم ـ ص ٢٧٧ بند ٢٦٠ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٠٦ بند ١٧٣ . ابراهيم سعد ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦ .

(١٤٦) فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٠٦ .

والصناع أما لمحكمة موطن المدعى عليه طبقا للقاعدة العامة ، واما لمحكمة موطن المدعى متى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها . ولكن لا يطبق هذا النص بالنسبة للتوريدات أو المقاولات العامة (١٤٧) ، كما لا يطبق بالنسبة للدعاوى التى لا يكون محلها المطالبة بالأجرة بالنسبة لدعاوى العمال أو الأجراء . وعليه فلا يطبق النص بالنسبة للدعاوى التى يكون موضوعها الحكم بالتعويض عن الفصل فى وقت غير لائق أو المطالبة بمكافأة أو معاش (١٤٨) .

ب - دعاوى النفقة :

يكون الاختصاص بدعاوى النفقة للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو موطن المدعى (م ٥٧) ، وذلك مراعاة لصالح طالب النفقه وحاجته اليها ، الأمر الذى يتطلب - عدالة - عدم تحميله مشقة الانتقال الى محكمة موطن المدعى عليه والتى قد تكون بعيدة ، الأمر الذى يكلفه نفقات انتقال هو فى حاجة اليها ، وقد يعجز عن دفعها ، مما يؤدى الى احجامه عن المطالبة بالنفقة ذاتها ، خاصة اذا علمنا أن الملتزم بالنفقة كثيرا ما يلجأ الى تغيير موطنه عمدا لارهاق من يطالبه بها (١٤٩) . ويكون لطالب النفقة رفع دعواه اما الى محكمة من يطالبه بالنفقة أو محكمته هو ، متى كانت الدعوى متعلقة بالنفقة ، سواء كانت نفقة اقارب او نفقة زوجية ، وسواء كانت نفقة وقتية أو موضوعية بتقريرها أو تقديرها أو زيادتها . ولكن لا يخضع لهذا النص الدعوى التى ترفع من الملتزم بالنفقة لاسقاطها أو انقاصها ، فترفع الى المحكمة المختصة طبقا للقاعدة العامة (١٥٠) . وذلك مراعاة لحكمة النص وخصوصيتها .

---

(١٤٧) فتحى والى - بند ١٧٤ . ابراهيم سعد ص ٤٠٥ . كمال عبد العزيز ص ١٧٦ . عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٧٩ .

(١٤٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . أبو الوفا بند ٣٤٢ مكرر .

(١٤٩) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٧٥ .

(١٥٠) فتحى والى - الوسيط ص ٣٠٩ ابو الوفا بند ٣٤٣ ، المذكرة الايضاحية للقانون الجديد . عكس ذلك كمال عبد العزيز ص ١٧٧ .

جـ - دعاوى المطالبة بقيمة التأمين :

المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الاختصاص بها للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه (م ٥٨). وذلك ايا كان نوع هذا التامين ، مراعاة لمصلحة المستفيد ، وتجنيبه مشقة الانتقال الى مركز ادارة شركة التامين الرئيسى ، للمطالبة بقيمة التامين ، حيث تكون هذه المحكمة بعيدة ولا تكون للشركة فرع قريب من مقر المستفيد . ومن ثم يكون له الخيار فى رفع دعواه اما أمام محكمته ، أو أمام محكمة المال المؤمن عليه ، ان كان التأمين على مال ، أو امام محكمة مركز الادارة الرئيسى لشركة التامين . ويقتصر هذا النص على دعاوى المطالبة بقيمة التأمين سواء رفعت من المستفيد أو من ورثته أو من المؤمن نفسه ، دون الدعاوى الأخرى المرفوعة لابطال العقد أو فسخه ، أو المرفوعة من الشركة للمطالبة بقيمة الأقساط (١٥١) .

د - انتفاء موطن المدعى عليه وكذلك محل اقامته :

اذا لم يكن للمدعى عليه موطنا عاما أو خاصا ولا محل اقامة له بالجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة بموجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته « م ٦١ مرافعات » .

٥ - الدعاوى الوقتية أو المستعجلة :

يكون الاختصاص بنظر الدعاوى الوقتية أو المستعجلة ، فيما عدا اشكالات التنفيذ . لمحكمة الموضوع المختصة ايا كان أساس اختصاصها ، اذا رفعت الدعوى الوقتية بالتبعية اليها . أما اذا رفعت على استقلال فانها ترفع اما الى محكمة موطن المدعى عليه طبقا للقاعدة العامة ، واما الى المحكمة المطلوب حصول الاجراء فى دائرتها « م ١/٥٩ » .

أما الدعاوى الوقتية المتعلقة بالتنفيذ فترفع الى قاضى التنفيذ المختص ١/٥٩ ، وهو اما القاضى الذى يقع فى دائرته المال المنفذ عليه « المنقول ان كان فى حيازة المدين ، والعقار كله أو جزء منه » أو محكمة موطن المحجوز لديه فى حجز ما للمدين لدى الغير (١٥٢) .

---

(١٥١) فتحى والى - ص ٣١٠ - العشماوى بند ٤٠٢ . ابراهيم سعد بند ٢٠٤ .

(١٥٢) أنظر فى الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ . المؤلف القواعد العامة فى التنفيذ سنة ١٩٨٠ ص ٢٣٩ - ٢٤٣ . فتحى والى - التنفيذ الجبرى سنة ١٩٨٠ بند ٧٨ ص ١٣٩ وما بعدها .

المبحث الرابع

الاختصاص المتعلق بالوظيفة

Competenza Funzionale

٢٥٣ - التعريف به :

يضيف الفقه الايطالى (١٥٣) الى معايير الاختصاص ، معيارا آخر يطلقون عليه « الاختصاص الوظيفى » وهو الذى يحدد اختصاص المحكمة بالنظر الى وظيفتها ، أى نوع النشاط القضائى الذى تقوم به . وهو بذلك مجرد محدد من محددات الاختصاص داخل محاكم الجهة القضائية الواحدة ، بالنظر الى نوع النشاط الذى تقوم به كل محكمة داخل ولاية الجهة التابعة لها ، ويكون بالنسبة للمحاكم التى تباشر وظيفة القضاء بالنسبة لخصومات معينة ، لا تباشرها بالنسبة لغير ذلك من خصومات (١٥٤) .

ويقترب الاختصاص الوظيفى من الاختصاص المحلى المتعلق بالنظام العام (١٥٥) . ويفترق عما يطلق عليه الفقه المصرى « الاختصاص لوظيفى » ، والذى مؤداه توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها . والذى عرضنا له فيما سبق باسم « ولاية القضاء » ، خاصة وأن لفقه المصرى لم يلتزم هذه التسمية ، وهو بصدد شرح قواعد الاختصاص

---

(١٥٣) أنظر كيوفندا - مبادىء ص ٥٢٥ وما بعدها . كارنيلوتى نظام - ج ١ ص ٢٥٣ وما بعدها . ردنتى ج ١ - ص ١١٣ وما بعدها - ساتا ص ١٧ بند ٨ . أوجوروكو - مطول ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها . ومقالته عن الاختصاص المدنى - المشار اليها ص ٧٥٦ . كوستا ص ١٤٤ وما بعدها بند ١٠١ - زانزوكى ج ١ ص ٢٨١ بند ٦٨ - فاراندا - أهلية القاضى ص ١٥٦ - ١٥٧ ، ١٦٠ وما بعدها . مع ملاحظة أن هذا النوع من الاختصاص لم يتضمنه بعد قانون المرافعات الايطالى . أنظر كوستا ص ١٧ . أوجو اندريا ص ٤١ بند ٢١ .

(١٥٤) أوجوروكو - مقالة ص ٧٥٠ ، ٧٥٦ . كوستا . بند ١٠١ ص ١٤٤ .

(١٥٥) كيوفندا - مبادىء ص ٥٢٦

الوظيفى ، وانما يتحدث عن فكرة الولاية . فيقرر أن الحكم مثلا قد صدر من محكمة فى ولايتها أو فى غير ولايتها . وقد درجت محكمة النقض على التعبير عن الاختصاص الوظيفى بالاختصاص الولائى . أما الاختصاص الوظيفى فى نظر الفقه الايطالى فهو مجرد معيار لتوزيع ولاية الجهة الواحدة على محاكمها المختلفة وفقا لوظيفة كل منها (١٥٦) .

٢٥٣ ـ حالات الاختصاص المتعلق بالوظيفة :

يدخل الفقه الايطالى عدة حالات فى هذا النوع من الاختصاص أهمها (١٥٧) :

١ ـ الاختصاص بحسب الدرجة : Competenza per Gradi

يدخل الفقه الايطالى اختصاص محاكم الطعن فى هذا النوع من الاختصاص ، اذ أن محاكم الطعن لا تنظر فى دعاوى مبتدأة ، وانما تتمثل وظيفتها فى الفصل فى طعون عن أحكام صادرة من محاكم أخرى ، واختصاصها بالطعون لا يتحدد على أساس من الاختصاص القيمى أو النوعى ، ولا على أساس قاعدة من قواعد الاختصاص المحلى ، وانما على أساس وظيفة محكمة الطعن بالنسبة لأحكام معينة . فاذا تحدد الاختصاص بنظر دعوى معينة لمحكمة الدرجة الأولى . فيترتب على ذلك تحديد محكمة الدرجة الثانية التى تنظر الطعن فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، من حيث نوعها ومن حيث مكانها . فمجرد امكانية رفع دعوى معينة أمام أكثر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى لا تحدد لنا المحكمة المختصة بنظر الطعن فى الحكم الصادر فيها ، اذ أن الحكم الصادر من احداها لا يمكن أن يطعن فيه أمام أية محكمة استئناف من محاكم الاستئناف التى تتبعها محاكم الدرجة الأولى المتعددة . وانما رفع الدعوى

---

(١٥٦) مع مراعاة أن الاختصاص الوظيفى لا تقتصر على المحاكم القضائية ، وانما يعمل به بالنسبة لأعوان القضاء أيضا وغيرهم . أنظر فى ذلك أوجوروكو ـ مقالة بند ٢٤ ص ٧٥٨ .

(١٥٧) أنظر فى هذه الحالات بالتفصيل فى كيوفندا ـ مبادىء ص ٥٢٥ وما بعدها . كوستا ص ١٤٥ وما بعدها . أوجوروكو ـ مطول ص ٤٦ وما بعدها . ومقالة ص ٧٥٦ .

بالفعل أمام محكمة جزئية أو ابتدائية معينة من بين المحاكم التى كان يمكن رفع الدعوى اليها ، يحدد لنا المحكمة المختصة بنظر الطعن ، وهى المحكمة التى حددها المشرع للقيام بالفصل فى الطعن فى أحكام هـــذه المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . وعلى ذلك لو كان من الممكن رفع الدعوى أمام محكمة منيا القمح الجزئية باعتبارها محكمة موطن المدعى عليه ، وأمام محكمة مصر الجديدة الجزئية باعتبارها محكمـــة ابرام وتنفيذ العقد ، وحدث ورفعت الدعوى بالفعل أمام محكمة منيـــا القمح الجزئية . فان المحكمة التى تختص بالفصل فى الطعن عن هذا الحكم هى محكمة الزقازيق الابتدائية ، وليست محكمة شمال القاهرة الابتدائية ، اذ تنحصر وظيفة المحكمة الأولى فى الفصل فى الطعون الصادرة عن محكمة منيا القمح الجزئية .

ووفقا للتشريع المصرى ، فان المحكمة الابتدائية « الاستئنافية » تختص وظيفيا بالحكم فى قضايا الاســـتئناف التى ترفع عن الأحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الجزئية ، وكذلك الصادرة عن قاضى الأمور المستعجلة ومحاكم التنفيذ (١٥٨) ، التابعة لها أى الواقعة فى دائرة اختصاصها المكانى « م ٤٧/٢ ، ٢٧٧ معدلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ » . أما محكمة الاستئناف فانها تختص وظيفيا بنظر قضايا الاستئناف عن الاحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الابتدائية التابعة لها ، وعن محاكم التنفيذ الواقعة فى دائرة اختصاصها « متى جاوزت قيمة الدعـــوى الموضوعية خمسمائة جنيه » « م ٤٨ ، ٢٧٧ مرافعات معدلة » . أما محكمة النقض ، فانها محكمة وحيدة يرفع اليها جميع الطعون بالنقض عن أحكام محاكم الاستئناف فى الحالات التى ينص عليها القـــانون « م ٢٤٨ » (١٥٩) ـ أما الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض ، وان كانت لا تعد طبقة من طبقات المحـــاكم ، الا أن اختصـــاصها يتعلق بوظيفتها (١٦٠) .

---

(١٥٨) وذلك بالنسبة للمنازعات الموضوعية التى لم تجاوز قيمتهـــا خمسمائة جنيه ، وكذلك جميع المنازعات الوقتية أيا كانت قيمتها .

(١٥٩) أنظر أوجوروكو ـ مقالة ص ٧٥٧ بند ١٨

(١٦٠) أوجوروكو ـ الاشارة السابقة .

٢ ـ الاختصاص بالحكم والاختصاص بالتنفيذ :

Cognizione ed Esecuzione

يحدد المشرع محاكم للفصل فى الدعاوى التى ترفع اليها ، كما قد ينشىء محاكم أخرى يخصها بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتنفيذ الجبرى ، وبالتالى توجد محاكم للحكم وأخرى للتنفيذ (١٦١) . ولقد أنشأ المشرع المصرى بقانون المرافعات الحالى محكمة خاصة للتنفيذ ، أولاها الفصل فى كل منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية مهما كانت قيمة الدعوى « م ٢٧٥ » ، وهذه المحكمة لا تباشر وظيفتها الا بالنسبة لهذا النوع من المنازعات . وعلى ذلك تختص وظيفيا بالفصل فى منازعات التنفيذ كافة .

٣ ـ الاختصاص بالدعاوى المستعجلة :

يعد اختصاص محكمة الأمور المستعجلة من قبيل الاختصاص المتعلق بوظيفة هذه المحكمة (١٦٢) ، اذ أنها لا تختص الا بنظر هذا النوع من الدعاوى .

٤ ـ الاختصاص بمسائل الافلاس :

تنص المادة ٥٤ من قانون المرافعات على أن الاختصاص بمسائل الافلاس يكون للمحكمة التى قضت به . وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل التاجر المراد شهر افلاسه . فهذه المحكمة تختص بالفصل فى كل مسألة من مسائل الافلاس الذى قضت به ، بغض النظر عن قيمتها . ونرى لذلك أن هذا الاختصاص متعلق بوظيفة هذه المحكمة بالنسبة لهذه المسائل . ولهذا فهى تختص بنظر كافة المسائل المتعلقة بالافلاس ، بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى ، ومن ثم فهى تختص بنظرها ولو كانت دعاوى وقتية أو كانت متعلقة بحق عينى عقارى (١٦٣) .

---

(١٦١) كيوفندا ص ٥٢٧ . وانظر حالات الاختصاص بدعاوى التنفيذ فى القانون الايطالى كوستا ـ ص ١٤٧ .

(١٦٢) أنظر كوستا ـ ص ١٤٦ .

(١٦٣) فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٠٤ بند ١٧٠ . ابراهيم سعد ص ٤٩٢ .

٥ ـ الاختصاص بدعاوى الشركات والتركات :

تقضى المادة ٥٢ مرافعات مصرى على اختصاص المحكمة « محليا » التى يقع فى دائرتها المركز الرئيسى لادارة الشركة أو الجمعية أو المؤسسة الخاصة بالدعاوى التى ترفع منها على أحد الشركاء أو الأعضاء بها وكذلك تلك التى ترفع من أحد الأعضاء أو الشركاء على عضو أو شريك آخر . ويعد هذا الاختصاص من قبيل الاختصاص الوظيفى ، ولهـــذا فتطبق هذه القاعدة بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى . ونفس الأمر بالنسبة للاختصاص المحلى بدعاوى التركات ، اذ أن جميع الدعاوى المتعلقة بالتركات قبل قسمتها والتى ترفع من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن كان للمتوفى (م ٥٣) بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى .

٦ ـ الاختصاص بتفسير الحكم :

اذا شاب حكم من الأحكام غموضا معينا ، لزم لذلك تفسيره وصولا الى منطوقه ، وتختص المحكمة التى أصدرته وحدها بتفسير هذا الحكم ، فلا تستطيع غيرها القيام بهذه المهمة لعدم اختصاصها به ، سواء كانت محكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف ، فلا تملك المحكمة الابتدائية تفسير حكم صادر من المحكمة الجزئية كما لا تملك محكمة الاستئناف تفسير حكم صادر من محكمة ابتدائية (١٦٤) .

٧ ـ الاختصاص بتصحيح الأخطاء المادية :

تختص المحكمة التى أصدرت الحكم وحدها بتصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة ، كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة (م ١٩١ مرافعات) . والغرض أن المحكمة التى أصدرت الحكم هى وحدها وليس غيرها المختصة بتصحيح الأخطاء المادية البحتة . ولكن محكمة النقض

---

(١٦٤) أنظر المادة ١٩٢ مرافعات ، واحمد أبو الوفا ـ نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ١٩٧٧ بند ٣٧٧ ص ٧٥٩ .

قد أجازت لمحكمة الاستئناف أن تجرى تصحيح ما وقع فى الحكم المطعون فيه من أخطاء مادية (١٦٥) .

٨ - **الاختصاص بالفصل فى المصروفات وتقديرها :** توجب المادة ١٨٤ مرافعات على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى ومقابل أتعاب المحاماة وتلزم بها الخصم المحكوم عليه أو بقسمتها بينهم ان تعددوا ، أو حتى الخصم المحكوم له . وهى وحدها التى تختص بذلك . وتقدر هذه المصروفات فى الحكم ذاته أو على عريضة مقدمة الى رئيس الهيئة التى قضت فى الدعوى (المواد ١٨٤ - ١٨٩ مرافعات)

٢٥٤ - موقف الفقه المصرى من الاختصاص المتعلق بالوظيفة :

لم يستخدم فقه المرافعات المصرى اصطلاح « الاختصاص المتعلق بالوظيفة » للدلالة على الحالات التى ذكرناها آنفا ، وانما تحدث بعضه عنه تعبيرا عن توزيع ولاية قضاء الدولة على جهاتها القضائية المختلفة (١٦٦) .

غير أن جانبا من الفقه الحديث (١٦٧) قد تحدث عن الاختصاص المتعلق بالوظيفة وحالاته فى القانون المصرى ، ولكن تحت مسمى آخر هو « الاختصاص التبعى الحتمى (المطلق) » ، ويعرفونه بأن المحكمة التى تباشر اجراءات معينة تختص وحدها بالمسائل المتفرعة عن هذه الاجراءات ، بغض النظر عن قواعد الاختصاص الأصلى للمحاكم ، وذلك أيا كانت هذه المحكمة جزئية أو ابتدائية ، محكمة استئناف أو نقض . وتختص المحكمة بهذه المسائل سواء قدمت اليها فى صورة طلب عارض أثناء نظر الدعوى الأصلية أو فى صورة طلب أصلى بعد الحكم فيها .

---

(١٦٥) نقض ١٩٧٩/١/٩ فى الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٠ ق . أشار اليه أبو الوفا فى هامش ص ٧٤٢ .

(١٦٦) أحمد أبو الوفا - المرافعات ، ص ٣٧٨ ، بند ٢٣١ وما بعدهما

(١٦٧) وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى - ط أولى - ١٩٨٧ ، ص ٢٧٤ ، وما بعدها . قارن أبو الوفا - المرافعات بند ٣٦٥ ، ص ٤٣٣ . ويقرر أن هذه الحالات تدخل ولاية المحكمة التبعية أو التكميلية ، وبند ٥٣٦ ، ص ٧١٢ .

وهو اختصاص تبعى لأن المحكمة لا تختص به الا بسبب اختصاصها بالاجراءات الأصلية ، وهو حتمى لأن المحكمة تختص به دون غيرها من المحاكم (١٦٨) ، وهو مطلق لانه متعلق بالنظام العام .

ومن أمثلة هذا الاختصاص ، الاختصاص بالحكم بمصروفات التقاضى وتقديرها (المواد ١٨٤ - ١٩٠ مرافعات) . والاختصاص بطلب تصحيح الأحكام من الأخطاء المادية (م ١٩١ مرافعات) ، وطلبات تفسيرها (م ١٩٢) ، ونظر طلبات التماس اعادة النظر فيها (م ٢٤٣ مرافعات) ، والاختصاص بمسائل الافلاس (م ٤٢ مرافعات) وبمسائل التنفيذ (٢٧٤ - ٢٧٦ مرافعات) .

وهذه الحالات هى نفسها التى ذكرناها كحالات للاختصاص المتعلق بالوظيفة .

ومن الجدير بالذكر ، أن هذا الفقه يفرق بين الاختصاص التبعى الحتمى (المطلق) هذا ، وبين الاختصاص التبعى الجوازى (النسبى) ، والذى يعرفونه بأن المحكمة التى تختص بالدعوى الأصلية تختص أيضا بما يتفرع عنها من مسائل اذا أثيرت أمامها ولو لم تكن تدخل فى اختصاصها الأصلى . وهذا الاختصاص يفترق على سابقه فى أن الأول اختصاص حتمى فى حين أن الثانى جوازى أى مشتركا بين المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية والمحاكم الأخرى ، فضلا عن أن الاختصاص التبعى الجوازى لا يثبت للمحكمة الا اذا أثيرت الطلبات أمامها أثناء نظر الدعوى قبل الفصل فيها (١٦٩) .

---

(١٦٨) وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى « الاختصاص القاصر " Compétence exclusiv أنظر فنسان وجنشار ، ص ١٥٧ بند ١١٥ بند ٢٦٩ ، ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .

(١٦٩) أنظر فى تفاصيل هذا الخلاف ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٧٨ - ٢٧٩ .

المبحث الخـامس

الاختصاص بالمسائل الفرعية وتأثيرها على قواعد الاختصاص

٢٥٥ ـ تمهيـــد :

كثيرا ما تتعدد الطلبات فى الخصومة . فقد يضيف المدعى الى طلباته الأصلية طلبات جديدة ، وقد يتقدم المدعى عليه بطلبات فى مواجهة طلبات المدعى ، أو يثير دفوعا معينة بشأنها ، وقد يوجد ثمـــة ارتباط بين دعويين يؤدى الى ضمهما أو احالة احداها الى الأخرى . وفى كل هذه الحالات يتسع نطاق الخصومة ، وحرصا من المشرع على وحدة الخصومة ، وعدم تقطيع أوصالها ، واختصـــــارا فى الوقت ، واقتصادا فى النفقات ، أدخل المشرع سلطة الفصل فى هذه الطلبات الى المحكمة التى تفصل فى الدعوى الأصلية كقاعدة عامة . الا أنه فى حالات معينة قد تخرج الطلبات الجديدة أو الدفوع عن اختصاص أو سـلطة المحكمة المرفوع أمامها الطلب الأصلى ، فهل تظل ـ مع ذلك ـ مختصة بالفصل فيها ؟ أم أنها لا تكون كذلك ؟ . وبعبارة أخرى ، فما هو أثر هذه الطلبات والدفوع على قواعد الاختصاص .

نتكلم أولا عن الاختصاص بالطلبات العارضة وما فى حكمها ، ثم نتحدث بعد ذلك عن تأثيرها على قواعد الاختصاص .

المطلب الأول

الاختصاص بالمسائل الفرعية

٢٥٦ ـ المقصود بها :

يقصد بالمسائل الفرعية ، تلك المسائل التى تتفرع عن الخصومة الأصلية ، سواء كانت طلبات عارضة أو مرتبطة ، وأيا كانت الطريقـــة التى رفعت بها ، وكذلك الدفوع المثارة فيها :

الفـــــرع الأول

الاختصاص بالطلبات العارضة والمرتبطة

أ ـ تعريفها وأنواعها

٢٥٧ ـ الطلبات العارضة demandes incidentes

هى تلك الطلبات التى تقدم أثناء سير الخصومة فى طلب أو طلبات أصلية ، وتتناول بالتغيير ـ زيادة أو نقصا ـ فى تلك الطلبات ، اما فى موضوعها واما فى سببها أو أطرافها .

وهذه الطلبات تقدم اما من المدعى ، ليعدل بها طلباته الأصلية وتسمى فى هذه الحالة « طلبات اضافية demandes additionnelles » ، واما من المدعى عليه ، ردا على طلبات المدعى ، وتسمى « دعاوى المدعى عليه demandes reconventionelles » ، واما من شخص أو على شخص لا يعتبر طرفا فى الخصومة الأصلية ، كما فى حالات التدخل intervention والاختصام .

أما الطلبات المرتبطة Connexités ، فهى تلك الطلبات التى ترتبط بطلبات أخرى مرفوعة بالفعل الى القضاء برابطة معينة ، أى بصلة بين دعويين بحيث يكون الحكم فى احداها من شأنه التأثير فى الحكم فى الأخرى (١٧٠) . وقد يصل الارتباط الى حد عدم القابلية للتجزئة ، بحيث يصعب فصلهما ، وقد لا يصل الارتباط الى هذه الدرجة اذ قد يوجد لمجرد وحدة السبب فى الطلبين أو الموضوع أو الخصوم . وتقدير توافر الارتباط من عدمه من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض ، متى تبنى حكمها على أسباب سائغة تكفى لحمله (١٧١) .

---

(١٧٠) فتحى والى ـ الوسيط ، بند ١٧٨ ، أحمد مسلم ، ص ٢٤٥ .

(١٧١) نقـــض ١٩٧٥/١٢/٢٢ ، س ٢٦ ، ص ١٦٤٠ ، نقض ١٩٦٤/٧/٧ ، س ١٥ ، ص ٩٤٧ . رمزى سيف ص ٤٠٤ ، جابيو ، بند ٦٦٢ ، موريل ، بند ٢٨٣ ، جلاسون وتسييه ، ج ١ ، بند ٢٧٨ .

والطلبات ان رفعت باجراءات الطلبات العارضة ، كانت طلبات عارضة ، وان رفعت بصحف مستقلة ، اى بصفة أصلية أمام المحكمة ذاتها المرفوع أمامها دعوى مرتبطة بهما ، أو أمام محكمة أخرى ، كانت طلبات مرتبطة ودعاوى مستقلة رغم ارتباطها بدعاوى أخرى مرفوعة الى القضاء . ومن الأوفق جمع هذه الدعاوى فى خصومة واحدة تنظر من محكمة واحدة ، تجنبا لصدور أحكام متعارضة يصعب التوفيق بينها ، واختصارا للوقت واقتصادا فى النفقات وعملا على حسن سير العدالة . ويتم هذا الجمع عن طريق ما يعرف « بضم الدعاوى » بقرار من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ويكون ذلك فى حالة رفع الدعاوى المرتبطة بصحف مستقلة أمام محكمة واحدة . أو عن طريق الاحالة للارتباط اذا رفعت الدعاوى المرتبطة أمام محاكم مختلفة ، وذلك بقرار من اى منها باحالة الدعوى المرفوعة اليها الى المحكمة الأخرى المرفوع أمامها الدعوى المرتبطة ، بناء على طلب أحد الخصوم .

- أثر ضم الدعويين أو الاحالة :

اذ قررت المحكمة ضم دعوى الى أخــرى ، أو احالة دعوى الى أخرى للارتباط ، ليصدر فيهما حكم واحد ، تسهيلا للاجراءات ، فان ذلك ليس من شأنه أن يفقد كل منها استقلالها وذاتيتها ، ودمجهما معا ولو اتحد الخصوم فيهما ، وبالتالى لا يغير هذا الضم من قابلية الحكم المنهى للخصومة فى احداها من الطعن فيه على استقلال (١٧٢) . وانما الذى يؤدى الى دمج الدعويين المنضمتين معا ، وفقد استقلال كل منهما عن الأخرى ، هو اتحاد الدعويين سببا وخصوما (١٧٣) ، أو أن يكون

---

(١٧٢) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ (ايجارات) فى الطعن ٢١٣٧ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٩/٦/٢٨ فى الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٨/٣/١٠ فى الطعن ٦٢١ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/٨ فى الطعن ١٢٧٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعــــون أرقام ١٦١ ، ٦٤١ ، ٦٢٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/٤/٢٤ فى الطعن ٢٣٧٦ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٠/١١/٦ ، س٣١ ص ١٨٩٩ ، ١٩٧٩/٣/٢٩ ، س ٣٠ ، ص ١٧٦ .

(١٧٣) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ ، الطعـــن ٢١٣٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٩/٦/٢٨ ، الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٨/٣/١٠ فى الطعن ٦٢١ لسنة ٥١ ق ، والأحكام المشار اليها فى الهامش السابق ، ١٩٨٧/٦/٤ فى الطعن ٢١٢٢ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٤/٥/١٨ ، فى الطعن ١٨٨٥ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٨٧/٣/١٥ فى الطعن ١٢٨٥ لسنة ٥٣ ق .

الدائب فيهما واحدا ، أى أن يكون الطلب فى احداها هو نفسه المطلوب فى الأخرى ، أو هو الوجه الآخر له (١٧٤) ، مع الاتحاد فى السبب والخصوم . ففى هذه الحالة الأخيرة تندمج الدعويان وتفقد كل منهما استقلالها ، ويضحى الطلب المقام به أى منهما مجرد شق فى دعــوى واحدة ، وتعجيل احداها يعد تعجيلا للأخرى (١٧٥) .

ب ـ الاختصاص التبعى بالمسائل الفرعية

٢٥٨ ـ الاختصاص الموضوعى (القيمى أو النوعى) :

لما كانت الطلبات العارضة والمرتبطــة ، ترتبط بالطلب الأصلى برابطة معينة ، فان المنطق القانونى يوجب عقد الاختصــاص بنظرها للمحكمة ذاتها المرفوع أمامها الطلب الأصلى ، وذلك حفاظا على وحدة الخصومة ، ومنعا من تقطيع أوصالها بعرضها على محاكم مختلفة ، وتجنبا من صدور أحكام متعارضة فى طلبات مرتبطة يصعب التوفيق بينها ، وتمكينا للمحكمة من القيام بواجبها فى تحقيق القــانون من الاطلاع على الدعوى بمختلف جوانبها .

ولهذا تعترف الأنظمة كافة ، ومنها النظام المصرى بقاعدة عامة فى هذا الصدد تعرف « بقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع » (١٧٦) . أى أن قاضى الدعوى الأصلية يختص بالفصل فى كل الطلبات العارضة والمرتبطة بها مهما تكن قيمتها أو نوعها .

الا أن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى منا أن نحدد نطاق انطباقهــا بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى (١٧٧) فى نظامنا القضائى ، وهى المحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية ، وذلك على التفصيل الآتى :

---

(١٧٤) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ فى الطعن ٢١٣٧ لســنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ المشار اليه .

(١٧٥) نقض ١٩٨٩/٦/٢٨ فى الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، راجع نقض ١٩٧٧/٢/٨ فى الطعن ٧٣٤ لسنة ٤١ ق .

(١٧٦) الفرع يتبع الأصل L'accessoire suit le principal رمزى سيف ص ٣٣١ . أنظر فنسان ، بند ٢٧٣ ، ص ٢٩٥ .

(١٧٧) اعتبارا بأن هذه القاعدة لا يعمل بها أمام محاكم الدرجة الثانية، حيث لا تقبل طلبات جديدة فى الاستئناف . أنظر وجدى راغب ، ص ٢٧٩ .

أ - اختصاص المحاكم الابتدائية بالطلبات العارضة والمرتبطة :

تقضى المادة ٤٧ / ٣ من قانون المرافعات باختصاص المحكمة الابتدائية بالطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها ، أى حتى لو كانت هذه الطلبات تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية بسبب قيمتها أو نوعها لو رفعت على استقلال . وعليه ان رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية بالزام المدعى عليه بأداء مبلغ ألفين جنيه ، فطلب المدعى عليه الزام المدعى بدفع مبلغ اربعمائة جنيه واجراء المقاصة بينهما ، فان المحكمة الابتدائية تختص بالفصل بهذا الطلب العارض المبدى من المدعى عليه رغم أن قيمته تدخل فى نصاب المحكمة الجزئية . وكذلك تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبات العارضة أو المرتبطة ولو دخلت هذه الطلبات فى الاختصاص النوعى للمحاكم الجزئية ، وعلى ذلك تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى المسائل المستعجلة أو الوقتية المرفوعة اليها بطريق التبعية (م ٣/٤٥ مرافعات ، ٣/٤٧) كالحكم فى طلب الحراسة المثار فى دعوى الملكية . كما تختص بالفصل فى الطلبات العارضة والمرتبطة ولو تعلقت بمواد تجارية أو عمالية تدخل فى الاختصاص النوعى لبعض المحاكم الجزئية (١٧٨) .

اذا كانت هذه هى القاعدة ، فماذا يكون عليه الأمر لو أن الطلب العارض قد أنقص قيمة الطلب الأصلى ، حتى أصبح يدخل الاخير فى اختصاص المحكمة الجزئية ؟

ذهب رأى الى القول بأن المحكمة الابتدائية تختص بما لها من اختصاص عام بالحكم فى الطلب العارض ولو كان من شأنه تعديل قيمة الدعوى الأصلية ، بحيث تصبح من اختصاص المحكمة

---

(١٧٨) أنظر نقض ١٩٨٠/٢/١٩ فى الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٤/٥/١١ ، س ٢٥ ، ص ٨٥٤ ، ١٩٦٢/١٢/١٣ ، س ١٣ ، ص ١١٤٠ .

الجزئية (١٧٩) . بينما ذهب رأى آخـــر (١٨٠) - وبحق - الى ان المحكمة الابتدائية لم تعد مختصة بالطلب الأصلى - نظرا لأن قيمته قد أصبحت فى نصاب المحكمة الجزئية ، فالدعوى تقدر على أساس آخر طلبات الخصوم (م ٣٦ مرافعات) ، ومن ثم فان الطلب الأصلى يقدر على أساس الطلب العارض الذى عدل به المدعى طلبه . وبما أن المحكمة الابتدائية لم تعد مختصة بالطلب الأصلى ، فانها لا تختص بالفصل فى الطلب العارض . اذ أن اختصاصها بالفصل فيه انما يســـــتند الى اختصاصها بالطلب الأصلى والذى لم تعد مختصة به .

ب - اختصاص المحاكم الجزئية بالطلبات العارضة والمرتبطة :

أما بالنسبة للمحكمة الجزئية ، فلا تطبق بشأنها قاعدة « قاضى الاصل هو قاضى الفرع » الا اذا دخلت الطلبات العارضة أو المرتبطة فى اختصاصها نوعيا أو قيميا . وفى هذا تنص المادة ٤٦ مرافعات على عدم اختصاص « محكمة المواد الجزئية بالحكم فى الطلب العرض او الطلب المرتبط بالطلب الأصلى اذا كان بحسب قيمته أو نوعه لا يدخـــل فى اختصاصها » . واذا خرج الطلب العارض عن اختصاص المحكمة الجزئية اما نظرا لقيمته أو نوعه ، فللمحكمة الجزئية أن تحكم فى الطلب الأصلى وحده ، مع احالة الطلب العارض الى المحكمة الابتدائية لتفصل فيه ، وذلك من تلقاء نفسها ، اذا رأت أن الفصل بين الطلبين لا يترتب عليه أضرار بسير العدالة ، أى لا يؤثر على قدرة الخصم على الاثبات أو قدرة المحكمة على تحقيق الطلب الأصلى والفصل فيه (١٨١) .

فاذا ترتب على الفصل بين الطلبين ضرر بسير العـــدالة ، فعلى المحكمة الجزئية أن تحيل الدعوى بكل طلباتها ، الأصلية والعارضة او

---

(١٧٩) رمزى سيف - ص ٣٣١ ، بند ٢١٦ . كمال عبد العـــزيز ص ١٦٧ . ونقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٠ ، س ١٧ ، ص ٢٦٩ .

(١٨٠) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٥٤٤ - ٥٤٥ هامش(٥) الوسيط ص ٣١٨ هامش (٤) . ابراهيم نجيب سعد ص ٤٣٩ . أبو الوفا بند ٣٠٩ . وانظر نقض ١٩٦٦/٦/١٦ ، س ١٧ ، ص ١٤١٥ .

(١٨١) فتحى والى - الوسيط - ص ٣١٩ .

المرتبطة ، الى المحكمة الابتدائية لتحكم فيها جميعا . ويكون قرار الاحالة بحكم نهائى لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من الطرق (م ٤٦ مرافعات) .

٢٥٩ - الاختصاص المحلى :

وغنى عن البيان القول بأنه فى الحالات التى تختص فيها محكمة الطلب الأصلى بالفصل فى الطلبات العارضة أو المرتبطة ، تكون هذه المحكمة مختصة بالفصل فيها ولو خرجت هذه الطلبات عن اختصاصها المحلى ، لو رفعت اليها على استقلال (م ٦٠ مرافعات) . وعلى ذلك تختص المحكمة المرفوع أمامها دعوى تثبيت ملكية عقار (وهى محكمة موقع العقار) بالفصل فى طلب الحكم بايراداته أو التعويض عن غصبه أو بالفصل فى دعوى صحة عقد الايجار الصادر بشأنها ، رغم أن هذه الطلبات لو رفعت على استقلال ، وبصفة أصلية يجب رفعها الى محكمة موطن المدعى عليه فيها (١٨٢) .

فالارتباط بين طلبين يبرر الخروج على قواعد الاختصاص المحلى ، سواء كان الطلبان مرفوعين بصحيفتين أمام محكمة واحدة ، أو أمام محكمتين مختلفتين .

وهذه القاعدة مطلقة ، لا يخرج من عمومها الا دعوى الضمان الفرعية ، حيث يجيز المشرع للمدعى عليه فى دعوى الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة اذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم أمام هذه المحكمة الا بقصد جلبه الى محكمة غير محكمته .

الفرع الثانى

الاختصاص بالدفوع

أ - تعريفها وأنواعها

٢٦٠ - **الدفع** L’exeption بمعناه العام يطلق على كل وسائل الدفاع moyens des défénse التى يقدمها الخصم اللاجابة على طلبات

---

(١٨٢) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٨١ .

خصمه بقصد تفادى الحكم له بها (١٨٣) ، سواء كانت موجهة الى الخصومة أو اجراءاتها ، أو موجهة الى موضوع الحق المدعى به ، أو الى سلطة الخصم فى استعمال دعواه منكرا عليه حقه فيها .

أما الدفع بمعناه الخاص فى قانون المرافعات ، فهو الدفع الموجه الى اجراءات الخصومة أو سلطة المحكمة بشأنها (١٨٤) ، وهى بصفة عامة الدفوع الاجرائية مثل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم اختصاص المحكمة وغيرها . أما وسائل الدفاع الموجهة الى موضوع الدعوى فتعرف بالدفوع الموضوعية ، والوسائل التى ينكر بها الخصم على خصمه سلطته فى استعمال الدعوى ، فتعرف بالدفوع بعدم القبول .

ب - الاختصاص بالدفوع

٢٦١ - تثار هذه الدفوع - بأنواعها - أثناء نظر الدعوى فى طلب أصلى أو حتى طلبات عارضة ، فليس من المتصور أن تثار هذه الدفوع فى دعاوى أصلية ، فان تصورنا ذلك كانت هذه الدفوع بمثابة طلبات أصلية وليست دفوعا .

واذا كان ذلك ، وكانت الدفوع - بصفتها هذه - تثار أمام المحكمة أثناء نظر الدعوى الأصلية ، فهل تختص هذه المحكمة بالفصل فى كل ما يثار أمامها من دفوع ؟ فى سبيل الاجابة على هذا التساؤل ، أورد المشرع قاعدة عامة ، ثم أتبعها بعدد من الاستثناءات ، وذلك على النحو الآتى :

٢٦٢ - القاعدة العامة : قاضى الدعوى هو قاضى الدفع :

يقرر المشرع أن « قاضى الدعوى هو قاضى الدفع

---

(١٨٣) أنظر تفصيلا ابو الوفا : نظرية الدفوع - قانون المرافعات ، ط ٨ ، منشأة المعارف ، ١٩٨٨ ، ص ١١ .

(١٨٤) أنظر ، أبو الوفا ، الاشارة السابقة ، فنسان وجنشار ، بند ٤٤ ، ص ٧٠ وما بعدها .

Le juge d'action et juge d'exception (١٨٥) . بمعنى أن القــاضى الذى ينظر الدعوى يختص بالفصل فى كل ما يثار فيها من دفوع ، حرص على أداء العدالة لدورها كاملا ، بعرض الخصومة ، بكل ما فيها وبكل جوانبها ، أمام محكمة واحدة ، ومنعا من تقطيع أوصال القضية الواحدة بين عدة محاكم .

٢٦٣ ـ الاستثناءات على هذه القاعدة :

واذا كانت هذه القاعدة يوحى بها المنطق السليم ، ويستلزمها حسن سير القضاء ، الا أنها قاعدة ليست مطلقة ، حيث توجد اعتبارات أخرى تقتضى الخروج عليها فى حالات معينة ، يجمعها أن الدفع ان تضمن نزاعا حول مسألة معينة ، يجب أن تفصل فيها المحكمة ذات الولاية أو ذات الاختصاص بها طبقا للقواعد العامة ، من هذه الحالات ما يلى :

١ ـ المسائل الأولية الخارجة عن ولاية أو اختصــــــاص قاضى الدعوى :

قد يثار دفع فى الخصومة المعروضة أمام المحكمة ، من شأنه أن يثير نزاعا حول مسألة معينة تخرج عن ولاية أو اختصاص المحكمــــة المعروض أمامها الدعوى . فان كان الفصل فى هذه المسألة لازما قبــــل الفصل فى موضوع الدعوى الأصلى ، اعتبرت هذه المسألة مسألة أوليـــة " question préjudicielle " يجب أن يتم الفصل فيها من المحكمة ذات الاختصاص أو ذات الولاية . وبهذا يمكن تعريف المسألة الأولية بانهـا تلك المسألة التى يتوقف الحكم فى الدعوى الأصلية على الفصــــل فيها (١٨٦) ، وقد نصت المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية على أنه ..

---

(١٨٥) أنظر فى هذه القاعدة

Dehesdin : De La régle, le juge d'action et juge d'exception, Thèse, Paris. 1911. Raynal, Dé la régle " Le juge d'action et juge d'exception devant le juge de Paix " These, **paris 1939.**

فنسان وجنشار ، بند ٢٧٢ ، ص ٢٩٤ .

(١٨٦) نقض ١٩٨٧/٣/١٨ ، مجلة القضاة ، س٢١ ، ع١ ، ص ٢٥٥ ، ١٩٨٥/١٢/١٩ المكان نفسه ، ص ٢٥٤ ، أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، بند ٣٦٢ ، ص ٣٩٧ ، ابراهيم سعد ص ٤٤٦ . أحمد مسلم ، ص ٢٤٢ بند ٢٣٠ . فنسان وجنشار ، بند ٢٧٤ ، ص ٢٩٦ وما بعدها .

اذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى ، وجب على المحكمة ، اذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى ، أن توقفها وتحدد للخصم الموجه اليه الدفع .. ميعادا ليستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ، فان لم تر لزوما لذلك اغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى ... (١٨٧) ، واذا كان النص المتقدم يتعلق بالدفع الذى يثير نزاعا تختص به جهة قضاء أخرى ، فيمكن تطبيقه على حالات أخرى يكون النزاع الذى يثيره الدفع خارجا عن اختصاص محكمة الدعوى . ويبرر البعض (١٨٨) هذا الخروج على قاعدة « قاضى الأصل هو قاضى الدفع » ، أن الدفع فى هذه الحالات يتضمن دعوى تقريرية فرعية causa pregiudiziale (١٨٩) ، تتميز بأن مضمونها يعد مسالة أولية لازمة للفصل فى الدعوى الأصلية . وهى لهذا يجب أن يفصل فيها من المحكمة ذات الاختصاص أو ذات الولاية وفقا للقواعد العامة . وقد تكون هذه الدعوى التقريرية الفرعيه ، دعوى سلبية ، كما لو انكر المدعى عليه فى الدعوى الاصلية حق المدعى فى ملكية الشىء المطالب بقسمته . وقد تكون ايجابية كما لو ثار نزاع أثناء خصومة قائمة حول جنسية أحد الخصوم ، أما اذا كانت الدعوى الفرعية التى يتضمنها الدفع لا تعتبر مسالة أولية ، اى ليست لازمة للفصل فى الدعوى الأصلية ، فلا تؤثر فى قواعد الاختصاص ، وتظل من اختصاص قاضى الموضوع باعتبارها دفعا طالما لم تثر هذه الدعوى فى صورة طلب عارض امام المحكمة (١٩٠) .

---

(١٨٧) يتضح أن وقف الدعوى لحين الفصل فى المسألة الأولية يعد أمرا جوازيا للمحكمة ومتروك تقدير ذلك لها . نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٤ ، نقض ١٩٧٧/١/١٥ الطعن ١١٥ س ٤٢ ق .

(١٨٨) فتحى والى – الوسيط – ص ٣٢٠ . كيوفندا – نظم ج ١ بند ١٢٥ ص ٣٤١ وما بعدها .

(١٨٩) أنظر كوستا – ص ٣٥٧ بند ٢٨٣ دونوفريو – تعليق ج ١ بند ٩٨ ص ٧٤ كيوفندا – نظم ج ١ بند ١٢٥ ص ٣٤١ وما بعدها . وانظر نقض ايطالى ٧ يناير سنة ١٩٧٠ رقم ٢٥ فى Mass. Giur. T. I. 1970 - 12

(١٩٠) فتحى والى – الوسيط – ص ٢٣١ ونقض ١٩٧١/٠٣/١٨ س ٢٢ ص ٣٣٤ .

ونبين فيما يلى أهم حالات المسائل الأولية التى تؤثر فى قواعـــد الاختصاص :

- الدفع الذى يخرج الفصل فيه عن ولاية القضاء المدنى :

اذا أثير أثناء نظر الدعوى المرفوعة أمام احدى محاكم القضـــاء المدنى دفعا يثير مسألة أولية ، تخرج عن ولاية هذا القضاء لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى ، كالقضاء الادارى أو غيره . وقدرت المحكمـــة المدنية ضرورة الفصل فى هذه المسألة قبل الحكم فى الدعوى الأصلية ، فعليها - ما لم تر لزوما لذلك - أن توقف الدعوى ، وتحدد للخصـــم ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة ذات الولاية (م ١/١٦ س ق) واذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع « المسألة الأولية » كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها (م ٢/١٦) (١٩١) . واذا كان الدفع متعلقا بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق فى الدعوى ، ورأت المحكمة جدية الدفع ، فانها تؤجل نظر الدعوى الأصلية وتحدد لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فاذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن « م ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا ٤٨ لســـــنة ١٩٧٩ » ، ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة أمام المحكمـــة الدستورية بيان النص القانونى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته ، (م ٣٠ من قانون المحكمة) (١٩٢) . هذا وقد استقر قضاء النقض على أن « مناط وقف الدعوى لحين الفصل فى المســـألة الأولية هو خروج تلك المسألة عن اختصاص المحكمة الوظيفى أو النوعى . وأن توقف الفصل فى الدعوى على الفصل فى نزاع تختص به جهة قضاء

---

(١٩١) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن ٤٨٣ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨٤/٢/٢١ فى الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٤٨ ق .

(١٩٢) أما اذا تراءى لاحدى المحاكم .. أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، فانها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية (م ١/٢٩ من القانون ٤٨ سنة ١٩٧٩) .

أخرى ، يؤدى الى وجوب وقف الدعوى لحين الفصل فى هـــــذا النزاع (١٩٣) .

- الدفع الذى يخرج عن اختصاص محكمة الدعوى :

اذا خرج الفصل فى الدفع عن اختصاص المحكمة المثار أمامها ، لدخوله فى اختصاص محكمة أخرى تابعة للقضاء العادى ، فماذا تفعل محكمة الدعوى . نفرق فى هذا الصدد بين فرضين هما :

- الدفع الذى يدخل الفصل فيه فى اختصاص القضاء الجنائى :

اذا كانت المسألة الأولية التى أثارها الدفع المثار أمام المحكمة المدنية تدخل فى اختصاص القضاء الجنائى ، فعلى المحكمة المدنية وقف الفصل فى الدعوى المدنية حتى تمام الفصل فى المسألة الجنائية نهائيا من القضاء الجنائى ، اعمالا للقاعدة الشهيرة القائلة بأن « الجنائى يوقف المدنى le criminel tient le eivile en état. المنصوص عليها فى المادة ١/٢٦٥ من قانون الاجراءات الجنائية . وذلك اذا ما رفعت الدعوى الجنائيـة قبل أو أثناء السير فى الدعوى المدنية (١٩٤) .

---

(١٩٣) أنظر نقض ١٩٨٦/٦/٢٤ فى الطعن ١٩٩٧ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/٣/٣٠ فى الطعن ٢٣٧٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/٢/٥ فى الطعن ٩٤٢ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٧٧/٣/٣٠ ، س ٢٨ ، ص ٨٣٧ ، والحكم بوقف الدعوى لحين الفصل فى المسألة الأولية يعد حكما قطعيا بعدم صلاحية الدعوى للحكم فيها قبل الفصل فى المسألة الأولية ، ويؤدى ذلك الى عدم سقوط الخصمة فيها بمضى المدة . (نقض ١٩٨٦/٣/٦ فى الطعن ٣١٠ لسنة٥١ق)، ويجوز استئنافه على استقلال (نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ فى الطعن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٤/٤/١٧ ، س ٢٥ ، ص ٦٩٨) ، وأنه قضاء ضمنى بقبول التدخل (نقض ١٩٨٦/٣/٢٠ فى الطعن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٦/٣/٣ ، س ٢٧ ، ص ٥٦٢ . وقضاء ضمنى بصحة شكل الدعوى ، نقض مدنى ١٩٨٦/٣/٣٠ ، فى الطعـــن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٧٥/٣/١٣ ، س ٢٦ ، ص ٥٨٦) .

(١٩٤) أنظر فى مبررات هذه القاعدة وما يرد عليها من استثناءات وطبيعتها . رءوف عبيد مبادىء الاجراءات الجنائية ص ٢٥٤ - ٢٥٦ .

- **الدفع الذى يثير نزاعا يخرج عن اختصاص محكمة الموضوع :**

اذا أثار الدفع المثار فى الدعوى المنظورة أمام احدى محاكم القضاء المدنى ، نزاعا حول مسألة أولية يخرج الفصل فيها عن اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع ، ليدخل فى اختصاص محكمة أخرى ، فماذا يكون عليه الأمر ؟ . نفرق فى هذا الصدد بين المحكمة الجزئية ، وبين المحكمة الابتدائية :

- اذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الابتدائية ودفعت بدفع يثير مسألة أولية تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ، فان المحكمة الابتدائية تظل مختصة أيضا بالفصل فى هذه المسألة نظرا لأنها المحكمة ذات الاختصاص العام ، وذلك ما لم تكن هذه المسألة تدخل وظيفيا فى اختصاص المحكمة الجزئية أو محكمة ابتدائية أخرى .

- أما اذا كانت الدعوى أمام المحكمة الجزئية وكانت المسألة الأولية التى أثارها الدفع تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا أو نوعيا ، فيجب على المحكمة الجزئية وقف الدعوى الأصلية حتى يفصل فى المسألة الأولية من المحكمة الابتدائية المختصة (١٩٥) . وقد نصت المادة ٨٣٨ من القانون المدنى على تطبيق هذا الحل بالنسبة لدعوى القسمة (١٩٦) .

٢ - الدفع الذى يثير نزاعا فى الحق كله :

اذا كان الدفع الذى أثير أمام محكمة الدعوى يثير نزاعا فى موضوع يعتبر المطلوب فيها جزءا منه ، ولم يكن هذا الجزء هو الأخير منه ، فتقدر الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الحق كله باعتباره متنازعا فيه ،

---

(١٩٥) فنسان بند ٣٢٣ ص ٣٩٩ . فتحى والى - الوسيط ص ٣٢٢ ابراهيم سعد ص ٤٤٩ .

(١٩٦) أنظر نقض ١٩٨٦/١١/١٧ فى الطعن ٣٥٤ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/١/١٥ فى الطعن ١٧٥٠ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٥/٢/٢٤ الطعن ٥٧٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٥/١١/٦ فى الطعن ٢١٨٣ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٥/١٢/٢٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق ، ونقض ١٩٧٦/٦/١٥ ، س ٢٧ ، ص ١٣٥٨ .

فان زادت هذه القيمة على نصاب المحكمة الجزئية ، كانت غير مختصة بنظره ، ووجب عليها الحكم بعدم اختصاصها واحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية ، وبذلك تكون القاعدة قد أصبحت أن قاضى الدفع هو قاضى الموضوع ، لأن الدفع قد استغرق الطلب الأصلى (١٩٧) ، وذلك بدلا من أن تكون محكمة الموضوع هى محكمة الدفع . ويشترط لذلك ، أن يكون الدفع قد أثار نزاعا فى الحق كله فى دعوى يكون موضوعها جزءا من هذا الحق ، وألا يكون هذا الجزء هو الجزء الأخير من الحق الموضوعى (م ٤٠ مرافعات) .

المطلب الثـــانى

تأثير المسائل الفرعية وتعدد الخصوم على الاختصاص

أ ـ تأثير الطلبات العارضة والمرتبطة على قواعد الاختصاص

٢٦٤ ـ تؤثر الطلبات العارضة والمرتبطة على قواعد الاختصـــاص القيمى والنوعى على النحو التالى :

أ ـ تأثير الطلبات العارضة :

رأينا فيما سبق أن الطلبات العارضة تختص بها كقاعدة المحكمـة الابتدائية ، حتى ولو لم تكن مختصة بها لو رفعت على استقلال ، كما تختص بها المحكمة الجزئية ان كانت تدخل فى اختصاصها قيميا أو نوعيا . الا أن الطلبات العارضة قد تؤثر فى قواعد الاختصـــــاص من ناحيتين :

---

(١٩٧) أنظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٢٢ هامش (١) . ابراهيم نجيب ص ٤٥٠ . أما اذا كانت الدعوى مرفوعة الى المحكمة الابتدائيـــة وأقر المدعى عليه بجزء من الحق أو عرضه عرضا فعليا ، فان ذلك لا يؤثر فى اختصاص المحكمة الابتدائية التى تظل مختصة بالفصل فى الدعوى ولو أصبحت قيمتها دون نصابها (وان كان ذلك يؤثر فى نصاب الاستئناف م ٢٢٣ مرافعات) . أنظر جلاسون وتيسيه جـ ١ بند ٣١٠ . جارسونييه جـ ١ ص ٨٣٣ بند ٥٣٨ أبو الوفا ٤٢٦ ـ ٤٢٧ هامش (١) . ابراهيم نجيب ص ٤٥٠ هامش (٢) . أما اذا قبل المدعى هذا العرض وعدل طلباته فتقدر الدعوى على أساس آخر طلبات الخصوم . وقد يترتب على ذلك احالة الدعوى الى المحكمة الجزئية (أنظر ما سبق بند ٢٤٠ وبند ٢٤٣) .

ـ نزع الاختصاص من المحكمة الجزئية بالطلب الأصلى :

اذا أثير امام المحكمة الجزئية طلبا عارضا يخرج عن اختصاصها اما لنوعه أو قيمته ، وكان يصعب الفصل بين الطلب الأصلى والطلب العارض دون اضرار بالعدالة . ففى هذه الحالة يكون على المحكمة الجزئية احالة الدعوى بطلبيها الأصلى والعارض الى المحكمة الابتدائية المختصة . وبذلك يكون الطلب العارض قد نزع اختصاص المحكمة الجزئية بالطلب الأصلى وفقا للقواعد العامة ، ليدخله فى اختصاص المحكمة الابتدائية رغم أنها ليست مختصة به ، بناء على اختصاصها بالطلب العارض ، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع . اذ أصبحت القاعدة هنا هى أن قاضى الفرع هو قاضى الأصل .

ـ نزع الاختصاص من المحكمة الابتدائية :

فى حالة ما اذا كان الطلب العارض من شأنه انقاص قيمة الدعوى الى الحد الذى أصبحت تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ، لأن الدعوى تقدر على أساس آخر طلبات الخصوم . فقد رأينا أن المحكمة الابتدائية لا تختص فى هذه الحالة بالفصل فى الطلب العارض نظرا لأنها لم تعد مختصة بالفصل فى الطلب الأصلى ، وعليها احالة الدعوى الى المحكمة الجزئية المختصة .

ومن هنا يكون الطلب العارض قد نزع اختصاص المحكمة الابتدائية بالطلب الأصلى الذى رفع اليها ابتداء .

ب ـ تأثير الطلبات المرتبطة :

تؤثر الطلبات المرتبطة أيضا على قواعد الاختصاص القيمى والنوعى من ناحيتين :

ـ تأثير الطلبات المرتبطة على اختصاص المحكمة الابتدائية :

القاعدة أن الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى لا تؤثر على اختصاص المحكمة الابتدائية القيمى أو النوعى ، حتى ولو كانت هذه الطلبات المرتبطة تخرج قيميا أو نوعيا عن اختصاصها « م ٣/٤٧ » . الا اذا كان الطلب المرتبط يخرج نوعيا عن ولاية القضاء المدنى لدخوله فى ولاية جهة

قضاء أخرى ، فلا تفضل المحكمة الابتدائية فى هذا الطلب المرتبط ولو رفع اليها فى صورة طلب عارض (١٩٨) .

- تأثير الطلبات المرتبطة على اختصاص المحكمة الجزئية :

اذا رفع الطلب المرتبط على استقلال أمام المحكمة الجزئية التى تنظر الطلب الأصلى ، فانها تأمر بضم الطلبين لتفصل فيهما معا ، ويكون ذلك اذا كانت قيمة الطلبين أو نوعيهما يدخلان فى اختصاصها ولكن :

أ - اذا جمعت قيمة الطلبين معا - فى حالة اتحادهما فى السبب - وتجاوزت نصاب القاضى الجزئى . فيجب على المحكمة الجزئية احالة الدعوى بكل طلباتها الأصلية والمرتبطة الى المحكمة الابتدائية . رغم اختصاص المحكمة الجزئية بكل من الطلبات على انفراد (١٩٩) .

ب - واذا اختلفت الطلبات المرتبطة فى السبب ، فلا تجمع قيمتها كأساس للاختصاص ، وتختص المحكمة الجزئية بكل منها على أساس قيمة كل طلب على حدة ، ما دام كل منها يدخل قيميا فى اختصاصها . أما اذا كانت قيمة أحدهما تزيد على اختصاص القاضى الجزئى ، فكان عليها أن تحيل الدعوى بطلباتها كلها الى المحكمة الابتدائية ولو كان منها ما يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل . اذا لم يكن من الممكن الفصل بين الطلبين دون اضرار بسير العدالة (م ٢/٤٦) .

جـ - أما بالنسبة للاختصاص النوعى : فان المحكمة الجزئية تختص بالفصل فى كل الطلبات المرتبطة ما دامت تدخل نوعيا فى اختصاصها ،

---

(١٩٨) أنظر فتحى والى - ص ٣١٣ هامش (٢) وما أشار اليه . وفى هذه الحالة على المحكمة ان رأت ضرورة الفصل فى الطلب المرتبط قبل الفصل فى الطلب الأصلى . لعدم تمكنها من الحكم فيه قبل الحكم فى الطلب المرتبط ، أن توقف الفصل فى الدعوى الأصلية لحين الفصل فى الطلب المرتبط من الجهة ذات الولاية .

(١٩٩) مع ملاحظة أن هذا التأثير يكون نتيجة الارتباط المبنى على وحدة السبب القانونى دون غيره كما لا يكون الا بالنسبة للطلبات المقدمة من نفس الخصم (فتحى والى - الوسيط ص ٣١٣) .

حتى ولو جمعت كلها أمامه فى خصومة واحدة ، أما اذا كان أحـــــد الطلبين يخرج نوعيا أو قيميا عن اختصاص المحكمة الجزئية ليدخـل فى اختصاص المحكمة الابتدائية النوعى أو القيمى ، فعلى المحكمة الجزئية والأمر كذلك ، احالة الدعوى بكل طلباتها الى المحكمة الابتدائيـــة باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص العام لتفصل فيها جميعا ولو كان أحدها يدخل فى اختصاص المحكمــة الجزئية لو رفع اليهـــا على استقلال . وذلك اذا كان الفصل بين الطلبين يرتب ضررا بســـير العدالة (م ٢/٤٦) .

ب ـ تأثير الدفوع على قواعد الاختصاص

٢٦٥ ـ القاعدة ان الدفوع بأنواعها لا تؤثر على قواعد الاختصاص النوعى ، كما انها لا تؤثر على قواعد الاختصاص القيمى الا اذا أثار الدفع نزاعا فى موضوع يكون المطلوب فى الدعوى جزءا من هذا الموضوع، ولم يكن هو الجزء الأخير ، فان هذا الدفع يكون من شانه التأثير على قواعد الاختصاص القيمى ، حيث تقدر الدعوى فى هذه الحالة باعتبار الموضوع كله ، فان كانت دعوى الجزء مرفوعة الى المحكمة الجزئية ، وأثير فيها الدفع الذى أثار النزاع فى الحق كله ، وزادت قيمة هذا الحق على نصاب المحكمة الجزئية ، فعلى هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، مع الاحالة الى المحكمة الابتدائية . وبذلك يكون الدفع قد نزع الاختصاص من المحكمة الجزئية وأثبته للمحكمة الابتدائية .

ج ـ تأثير تعدد الخصوم فى الاختصاص

٢٦٦ ـ لا تأثير لتعدد الخصوم فى الدعوى على قواعد الاختصاص القيمى كقاعدة ، ولا حتى على قواعد الاختصاص النوعى ، وانما قد يكون لها تأثير على قواعد الاختصاص المحلى اذا تعدد المدعى عليهم ، حيث يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم (م ٣/٤٩) وذلك تيسيرا على المدعى حتى لا يضطر الى رفع دعـاوى متعددة أمام محاكم مختلفة ، بتعدد خصومة واختلاف موطن كل منهم ، مما قد يؤدى الى صدور أحكام متعارضة بشأن موضوع واحد . ويفترض هذا النص أن التعدد قد ورد فى صحيفة واحدة ، سواء تعدد المدعى عليهم فى دعوى واحدة أو تعددت الدعاوى ضد أشخاص متعددين بشرط أن يكون هناك ارتباط ولو بسيطا بينها ، ولو لم يصل الى حد وحدة السبب أو المحل . فان تعدد المدعى عليهم على هذا النحو ، فان الدعوى التى ترفع عليهم جميعا تكون من اختصاص أية محكمة يقع بدائرتها موطن أحدهم . وذلك بالشروط الآتية :

- أن يكون التعدد حقيقيا :

بمعنى أن يتعدد الخصوم فى الدعوى بصفة أصلية ، وعلى ذلك فلا يعمل بالقاعدة المتقدمة فى حالة رفع الدعوى على شركة وفرع لها ، اذ لا نكون أمام حالة تعدد تبيح رفع الدعوى الى محكمة الفرع (٢٠٠) ، اذ أن المدعى عليه فى هذه الدعوى هو الشركة . ولا توجد حالة تعدد ، اذا رفعت الدعوى على شخص ، واختصم فيها آخر لمجرد تقديم ما لديه من مستندات ، أو للحكم عليه بما قد يحكم به على المدعى عليه الأصلى ، مثل دعوى الدائن على المدين والكفيل ، فلا يجوز رفع الدعوى فى هذه الحالة الى محكمة الكفيل أو من اختصم لتقديم المستندات أو من أدخل فى الدعوى أو تدخل فيها .

- أن يكون التعدد جديا :

فلا يعمل بالقاعدة المتقدمة فى الحالة التى يختصم فيها أحد المدعى عليهم بسوء نية لمجرد جلب المدعى عليه الحقيقى أمام محكمة غير محكمته الطبيعية (٢٠١) . فيكون للمدعى عليه الحقيقى أن يدفع بعدم اختصاص محكمة موطن المدعى عليه الآخر بشرط اثبات سوء نية المدعى .

- أن تكون المحكمة هى محكمة موطن المدعى عليهم :

بمعنى أن تكون الدعوى قد رفعت الى المحكمة المختصة طبقا للقاعدة العامة ، وهى محكمة موطن المدعى عليه . فلا يكفى أن تكون المحكمة المختصة بالنسبة لأحد المدعى عليهم طبقا لقاعدة خاصة . فلا يجوز اختصام المدعى عليهم أمام محكمة محل اقامة أحدهم ، أو أمام المحكمة التى اتفق أحدهم مع المدعى على اختصاصها بنظر الدعوى ، اذا لم تكن هى محكمة موطنه .

---

(٢٠٠) العشماوى ص ٤٩١ .

(٢٠١) العشماوى - الاشارة السابقة . فتحى والى - ص ٣١٥ .

الفصل الثاني

طبيعة قواعد الاختصـــاص ومشـــاكله

المبحث الأول

طبيعة قواعد الاختصـــاص

٢٦٧ - للوقوف على طبيعة قواعد الاختصاص ، يجب التعرف على مدى تعلقها بالنظام العام ، ثم النتائج التى تترتب على ذلك .

المطلب الأول

مدى تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام

٢٦٨ - اذا ما عدنا الى النظرية العامة فى القانون لوجدنا أن القواعد القانونية ، ومنها قواعد الاختصاص ، تنقسم الى قواعد آمرة Régles imperatives وقواعد مكملـــة أو مفسرة أو مقـــــــررة Régls interprétatives au déclaratives والنوع الأول من القواعد هو الذى لا يمكن الفكاك من أحكامها بالاتفاق على ما يخالفها . فهى قواعد واجبة الاحترام ، بعكس النوع الثانى الذى يمكن للأفراد بالاتفاق التحلل من أحكامها وما تقضى به ، وانما تكون واجبة الاحترام والتطبيق اذا لم يتم الاتفاق على استبعاد أحكامها (١) . ويستعين الفقه بضوابط

---

(١) أنظر فى التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة . عبد الفتاح عبد الباقى نظرية القانون ١٩٦٥ بند ٦٨ وما بعده ص ١١٥ وما بعدها . أحمد سلامة محمد - دروس فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ ص ٥٧ وما بعدها . شمس الدين الوكيل - الموجز فى المدخل لدراسة القانون ١٩٦٥ بند ٥٠ . حسن كيره - المدخل الى القانون ١٩٦٩ بند ١٦ . توفيق فرج المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٠ ص ٩٣ . محمد على عمران وحسين النورى - مبادىء العلوم القانونية ص ٧٩ . محمد لبيب شنب - مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ٧٥ - ١٩٧٦ ص ٤١ وما بعدها . سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ ص ٨٤ .

مختلفة للتمييز بين هذه القواعد (٢) ، فهناك الضابط الشكلى أو المادى الذى يستخلص من ألفاظ القاعدة ذاتها ، فان أفادت هذه الألفاظ أن القاعدة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها كانت قاعدة آمرة ، وان أفادت جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها ، كانت قاعدة مكملة أو مفسرة . وبجانب هذا يوجد الضابط الموضوعى « المعنوى » يلجأ اليه عندما لا يتسنى استخلاص طبيعة القاعدة من ألفاظ القاعدة ذاتها . ويتمثل الضابط الموضوعى فى موضوع القاعدة ذاته أو معناه ، فان كان موضوعها يتصل بكيان الجماعة ، أو بمصلحة أساسية من مصالحه ، كانت هذه القاعدة آمرة ، أما اذا كان موضوعها لا يتصل بهذا الكيان أو بمصلحة أساسية للجماعة كانت القاعدة مكملة أو مفسرة . وبعبارة أخرى فان كانت القاعدة تتصل بالنظام العام والآداب ، كانت قاعدة آمرة ، والا كانت مفسرة أو مكملة (٣) .

وقواعد الاختصاص القضائى ، باعتبارها قواعد قانونية ، لا تخرج عما تقضى به هذه الضوابط العامة فى تمييزها . وبداءة يمكن القول بان قواعد الاختصاص ، فى عمومها ، انما ترمى الى تنظيم مرفق عام من مرافق الدولة ، وهو مرفق القضاء ، عملا على حسن ادارة العدالة ، وتحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى ، وهى تعتبر من هذه الزاوية قواعد آمرة نظرا لتعلقها بالنظام العام (٤) ، الا أن من بين قواعد الاختصاص ما يهدف الى رعاية مصلحة فردية ، تيسيرا للأفراد على مباشرة حقهم فى الالتجاء الى القضاء ، ولا يستهدف المشرع بهذه القواعد تحقيق مصلحة عامة ، ومن تم لا تعد هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ،

---

(٢) أنظر فى هذه الضوابط . أحمد سلامة - المرجع السابق بند ٤٢ وما بعده . عبد الفتاح عبد الباقى - ما سبق ص ١٢٠ وما بعدها . توفيق فرج . الاشارة السابقة . سمير تناغو - المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها . لبيب شنب - المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

(٣) ولم يتفق الفقه على تعريف محدد للنظام العام ordre public وان كان البعض قد حاول تعريفه بأنه الوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم (أحمد سلامة ص ٦٢ - ٦٣) . وقد حاول البعض الآخر تقريبه الى الأذهان بقولهم أنه الذى يتعلق بكل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق لمصلحة أساسية من مصالحها (عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٧ بند ٧٤) .

(٤) أنظر عبد الباسط جميعى - مبادىء المرافعات ص ٩٨ - ٩٩ .

وتعتبر لذلك قواعد مكملة أو مفسرة . وبذلك نجد أن هناك من بين قواعد الاختصاص ما يتعلق بالنظام العام ، ومنها ما لا يتعلق به . ولهذا فقد نصت المادة ١/١٠٩ على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها » مما يمكن معه القول بان جميع قواعد الاختصاص النوعى والاختصاص القيمى (٥) وكذلك الاختصاص الذى يتحدد على أساس وظيفة المحكمة ، تتعلق جميعها بالنظام العام ، فهى قواعد آمرة يجب اعمالها ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى قسمة أو دعوى تقل فى قيمتها عن ٥٠٠ جنيه الى المحكمة الابتدائية ، والعكس صحيح . وكذلك لا يجوز رفع دعوى متعلقة بالتنفيذ الى غير قاضى التنفيذ الا فى الأحوال التى ينص عليها المشرع ، وكذلك لا يجوز رفع دعوى متعلقة بادارة تفليسة لغير المحكمة التى قضت بشهر الافلاس ولا يجوز طلب تفسير حكم من محكمة أخرى غير التى أصدرت الحكم المراد تفسيره .

أما قواعد الاختصاص المحلى ، فقد استهدف المشرع من وضعه للقاعدة العامة فيه ، التيسير على الأفراد . فى مباشرتهم لخصوماتهم بعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة تكون قريبة قدر الامكان من موطن الخصم أو المال المتنازع عليه ، حتى يسهل على الخصوم اثبات طلباتهم والحصول على حماية القضاء بأقل مجهود واقل نفقات . ولما كان الأمر كذلك ، فان الاختصاص المحلى ـ كقاعدة ـ لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم

---

(٥) وبهذا النص فقد حسم الخلاف الفقهى الذى ساد فى ظل القانون الملغى بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ من اعتبار قواعد الاختصاص القيمى غير متعلقة بالنظام العام (انظر المذكرة الايضاحية لنص المادة ١٠٩ وعبد الباسط جميعى ص ١٠٥ ـ ١٠٨) . (انظر نقض مدنى ١٩٨٧/١٢/٢٧ مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٥ ، ١٩٧٦/٦/٣٠ فى الطعن ١١٢٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٠ ، س ٢٧ ص ٤٢٢ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ ، س ٢٧ ، ص ٧٣٦ ، ١٩٧٦/٦/٢٨ ، س ٢٧ ، ص ١٤٣٥) أنظر فنسان وجنشار ، ص ٢٨٠ وما بعدها .

يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفـــة أحكامه (٦) . وفى هذا تنص المادة ١/٦٢ على أنه « اذا اتفق على اختصاص محكمة معينـــة يكون لاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التى يقع فى دائرتهـــــا موطن لمدعى عليه » .

ومع ذلك فان هناك من بين قواعد الاختصاص المحلى ما يتعلق بالنظام العام ، بحيث لا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفة هذه القواعد . وفى هذا تنص المادة ٢/٦٢ « على أنه فى الحالات التى ينص فيها القانون على تخويل الاختصاص لمحكمة على خلاف المادة ٤٩ ، لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الاختصاص » . فاذا عقد المشرع الاختصاص لمحكمة خلاف محكمة موطن المدعى عليه ، فلا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفة هذا الاختصاص ، اذ أن المشرع يستهدف فى هذه الحالات حماية الضعفاء ، والتى تعتبر من أهم أسس التنظيم الاجتماعى (٧) . مثل دعاوى المطالبة بقيمة التأمين أو دعاوى الارث ، أو الدعاوى العينيـــة العقارية وخلافها ، فهذه الدعاوى يجب أن ترفع الى المحكمـــــة التى تحددها القاعدة القانونية ، ولا يجوز الاتفاق مقدما على خلافها .

أما بالنسبة للاختصاص المحلى المتعلق بوظيفة المحكمة بالنسبة لقضية معينة ، فانه يتعلق بالنظام العام ، مثل اختصاص المحكمـة التى حكمت بشهر الافلاس بالدعاوى الناشئة عنه ، وكذلك المحكمـــــة التى أصـــدرت الحـــكم بتفســـيره ، والاختصـــــاص المحلى لمحـــاكم الدرجة الثانية (٨) .

---

(٦) ابراهيم سعد ــ ص ١٥٠ وما بعدها . أبو الوفا ــ نظرية الدفوع، بند ٨٥ ، ص ١٩٠ وما بعدها . قارن جارسونيه وسيزار برى ج ١ ص ٧٣٥ بند ٤٦٧ . وجلاسون وتيسيه ج ١ ص ٦٨١ . والذين أجازوا للمحكمـــة أن تقضى بعدم اختصاصها محليا بنظر الدعوى ومن تلقاء نفسها ، اذا اقتضى ذلك حسن سير العدالة . وانظر فى نقد هذا الاتجاه عبد الباسط جميعى ص ١١٠ ــ ١١١ . ورمزى سيف بند ٢٧٤ . أنظر موريل بند ١٩٥ ص ١٨٧ وانظر فنسان وجنشار ، ص ٢٨٩ ، بند ٢٦٨ .

(٧) أنظر عبد الباسط جميعى ــ مبادىء ص ١١١ ــ ١١٢ . أبو الوفا نظرية الدفوع ، بند ٨٥ مكرر ، ص ١٩٦ وما بعدها .

(٨) أنظر ما سبق بشأن الاختصـــاص المتعلق بالوظيفـــة ــ فتحى والى ص ٣٢٦ .

المطلب الثـــانى

نتائج تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام

٢٦٩ - تحــــديد :

رأينا ان قواعد الولاية القضائية ، وكثيرا من قواعد الاختصاص القضائى تتعلق بالنظام العام ، وأن قليلا من قواعد الاختصــــــــاص لا تتعلق به .

ويرتب المشرع على اعتبار قاعدة من هذه القواعد متعلقة بالنظام العام عدة نتائج ، لا ترتبها بطبيعة الحال القواعد غير المتعلقــــــــة بالنظام العام .

وأهم هذه النتائج ما يلى :

١ - عدم جواز الاتفاق على مخالفتها :

اذا تعلقت قاعدة الاختصاص بالنظام العام ، فلا يجوز للأفـــراد الاتفاق على مخالفتها ، ويقع باطلا مثل هذا الاتفاق ، سواء تم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها . فلا يجوز مثلا اتفاق الخصوم على عقد الاختصاص للمحكمة الجزئية بدعوى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائيــــة ، والعكس صحيح . كما لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى موضوعية الى قاضى الأمور المستعجلة ، ولا على رفع دعوى عمالية جزئية أمام غير المحكمة الجزئية العمالية المختصة ، ولا على رفع دعوى متعلقة بافلاس الى محكمة غير تلك التى قضت به .

وعلى العكس من ذلك يجوز الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة اذا كان اختصاصها لا يتعلق بالنظام العام ، فيصح الاتفاق على محكمة غير مختصة محليا بنظر الدعوى . ويجب احترام هذا الاتفاق سواء قبل رفع الدعوى أم بعده ، وسواء كان اتفاقا صريحا أو ضمنيا ، حيث يسقط الحق فى الدفع بعدم الاختصاص المحلى ، بعدم ابدائه فى الجلسة الأولى أو بالكلام فى موضوع الدعوى ، وكذلك الأمر لو رفع النزاع الى المحكمة المختصة محليا وفقا للقانون ، بالمخالفة لاتفـــاق

الطرفين ، كان من حق المدعى عليه أن يتمسك بعدم اختصاص هـــذه المحكمة نفاذا لاتفاق صحيح بينهما ، فان سكت عن ذلك ولم يتمسك به اعتبر ذلك منه رضاء بالتحلل من ذلك الاتفاق ، وذلك لأن الاتفاق على منح الاختصاص لمحكمة غير مختصة محليا ، فانه لا ينزع ، فى الوقت نفسه ، الاختصاص من محكمة المدعى عليه ، فتظل مع ذلك مختصة اذا رفعت الدعوى أمامها ولم يتمسك أحد أمامها بالاتفاق (٩) ، وهذا ما نصت عليه بالفعل المادة ١/٦٢ من قانون المرافعات .

واذا كان الاتفاق على مخالفة بعض قواعد الاختصاص المحلى جائزا كان للخصوم الاتفاق على نقل الدعوى من المحكمة المختصة المرفوعة اليها الى المحكمة المتفق على اختصاصها . ويكون للمحكمة المختصة ـ احتراما لهذا الاتفاق ـ أن تحيل الدعوى الى المحكمة التى اتفق عليها الخصوم ، غير أن هذه الاحالة جوازية للمحكمة ، فلها ان رأت أنها قد قضت شوطا كبيرا فيها ، كان لها رفض طلب الاحالة والمضى فى الحكم فى الدعوى ، وذلك بعكس ما اذا كانت الدعوى مرفوعة الى محكمة غير مختصة أصـلا بنظرها ، فعلى المحكمة وجوبا ـ متى طلب ذلك منها ـ احالة الدعوى الى المحكمة المختصة (١٠) .

واذا كانت المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى هى محكمة أخرى غير محكمة موطن المدعى عليه فلا يجوز الاتفاق مقدما على اختصاص محكمة اخرى (٢/٦٢ مرافعات) (١١) .

ومن الجدير بالذكر أن هناك حالات يكون الاختصاص المحلى فيها متعلقا بالنظام العام ، وبالتالى لا يصح الاتفاق على مخالفتها ، لا قبل رفع الدعوى ولا حتى بعده . وهذه الحالات هى تلك التى ذكرناها كأمثلة على الاختصاص المتعلق بوظيفة المحكمة ، وذكرها غيرنا على أنها

---

(٩) وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٣٨٩ ، فتحى والى ، الوسيط ، ص ٣٢٨ ، ابراهيم سعد ، ص ٥١٩ ، احمد مسلم ، ٣٩١ .

(١٠) فتحى والى ، ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠ ، أحمد مسلم ، ٢٩٤ ـ ٢٩٥ .

(١١) أنظر فى مضمون ذلك والهدف منه أبو الوفا ، نظرية الدفوع ، ص ٩٣ وما بعدها بند ٨٥ .

حالات الاختصاص التبعى الحتمى المطلق ، ومنها اختصاص محكمة الافلاس بكل ما يتعلق به ، واختصاص المحكمة بتفسير حكمها وتصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية ، واختصاص محكمة الدعوى بالفصل ببعض الدفوع ، مثل الدفع بسقوط الخصومة أو بالترك . وغيرها (١٢) .

٢ ـ تصدى المحكمة لأمر اختصاصها :

يجب على المحكمة ، ومن تلقاء نفسها ، أن تتصدى مباشرة لأمر الاختصاص ، وتقضى فيه دون طلب ، ولا يعتبر ذلك خروجا منها على مبدأ حيادها . وغنى عن البيان ان المحكمة لا يكون لها هذا الحق اذا لم يتعلق اختصاصها بالنظام العام (١٣) .

٣ ـ حق التمسك بعدم الاختصاص مقرر لكل الخصوم :

ومتى تعلق الاختصاص بالنظام العام ، كان من حق أى خصم فى الدعوى ان يتمسك بعدم الاختصاص ، مدعيا كان هذا الخصم أم مدعى عليه ، وكذلك يجوز للخصم المنضم أو المختصم فى الدعوى اثارة هــذا الدفع ، كما أن للنيابة العامة ـ متى كانت طرفا أو خصما منضما ـ أن تثير أمر الاختصاص المتعلق بالنظام العام ولو لم يثر من قبل الخصوم . كل ذلك بعكس الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا يثيره الا المدعى عليه وحده ، فلا يملك المدعى اثارته ولا الخصوم المتدخلين اختصاميا لأنهم فى حكم المدعى ، أو انضماميا مع المدعى ، ولا مع المدعى عليه اذا كان قد سقط حقه فى اثارته (١٤) .

---

(١٢) أنظر ما سبق بند ٢٥٠ ، ٢٥١ من هذا الكتاب ، ابو الوفا ، نظرية الدفوع ص ١٩٦ ، بند ٨٥م ، وجدى راغب : مبادىء ، ص ٢٧٤ وما بعدها . فنسان وجينشار ، بند ٢٦٩ ، ص ٢٨٠ — ٢٩٢ .

(١٣) أبو الوفا ، نظرية الدفوع ، ص ١٩٢ ، ١٩٣ — محمد حامد فهمى بند ٣٢٠

(١٤) أبو الوفا — نظرية الدفوع ، ص ١٩١ — ١٩٢ .

٤ ـ اثارة الاختصاص فى أى وقت :

للخصوم اثارة الاختصاص المتعلق بالنظام العام فى أى حالة تكون عليها الاجراءات ، سواء تم ذلك قبل الكلام فى الموضوع أو بعده ، فلا يسقط حق الخصم فيه بالكلام فى الموضوع أو يسبق ابداء الدفع بعـــدم القبول ، بل يمكن اثارة الدفع به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١٥) أو محكمة النقض (١٦) ، أما اذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظـام العام ، فيجب الدفع به قبل الكلام فى الموضوع أو ابداء دفع بعـــدم القبول .

واذا كانت هذه هى القاعدة فى القانون المصرى ، فان الأمر غير ذلك فى القانون الفرنسى الجديد ، اذ يوجب ابداء جميع الدفوع الشكلية معا وقبل الكلام فى الموضوع حتى ولو كانت مما تتعلق بالنظام العام (م ٧٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد) (١٧) .

---

(١٥) نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٢٤ ، س ١٣ ، ص ٧٠٢

(١٦) فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٣٢٩ . نقض ١٩٨٧/٤/٨ فى الطعن ٦٢٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٧٥/٥/١٢ ، س ٢٦ ، ص ٩١٣ . واذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص ، فانهـا تقتصر على الفصل فى هذه المسألة ، ويكون لها عند الاقتضاء تعيين المحكمة المختصة الواجب التداعى اليها (نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ فى الطعن ٢٤٢٧ لسنة ٥٥ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ فى الطعن ٢٠٣٢ لسنة ٥٢ ق) .

(١٧) أنظر فنسان وجنشار ، بند ٤٤ ، ص ٧٠ ـ ٧١ ، ابو الوفا ، نظرية الدفوع ، بند ٨٩ ، ص ٢٠٦ .

المبحث الثـــانى

مشاكل الاختصاص

٢٧٠ ـ تمهيـــــد :

الأصل أن تنظر المحكمة فى مسالة اختصاصها اولا عند رفع الدعوى اليها ، اما من تلقاء نفسها ، واما بناء على طلب أحد الخصوم مقـــدم فى صورة دفع بعدم الاختصاص . وتقضى المحكمة اما باختصاصها بنظر الدعوى ، واما بعدم اختصاصها ، وفى هذه الحالة تحيل الدعـــوى الى المحكمة المختصة . وقد يحدث تنازع بشأن الاختصاص . وقد يدفع أمام المحكمة بدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى نظرا لرفع الدعوى ذاتها أمامها ، أو لوجود ارتباط بينهما . وبهذا ينتج عن الاختصـــاص عدة مشاكل ، اما مخالفة قواعده ، واما التنازع بشانه . ودراسة علمية لحل هذه المشكلات تقتضينا البدء ، بدراسة عدم الاختصاص وقواعد الدفع به والتنازع فيه ، ثم نبين حالات الاحالة من محكمة لأخرى وقواعد الدفع بهـا .

المطلب الأول

الاختصـــاص والتنازع فيه

الفـــرع الأول

عدم الاختصاص

٢٧١ ـ تعريف الدفع بعدم الاختصاص :

رأينا فيما سبق أن المحكمة لا تستطيع من تلقاء نفسها ان تقضى بعدم اختصاصها ، اذا لم يكن متعلقا بالنظام العام ، الا بناء على طلب أحد الخصوم أى بدفع يقدم اليها بعدم اختصاصها exception d'incompétence ويعرف الدفع بعدم الاختصاص بأنه الدفع الذى ينكر به الخصم على المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى (١٨) . ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الاجرائيـــة « الشـــكلية » exception de procedure

---

(١٨) ابراهيم سعد ص ٥٢١ . أحمد السيد صاوى ص ١٢٤ بند ١١٨ أبو الوفا ، نظرية الدفوع ص ١٩٠ ـ ٢١٩ .

التى توجه الى اجراءات الخصومة بقصد الحصـــــول على حكم ينهى الخصومة قبل الفصل فى موضوعها . ويترتب على ذلك وجوب ابداء الدفع بعدم الاختصاص قبل الكلام فى الموضوع أو الدفع بعدم القبــــول والا سقط الحق فيه (م ١٠٨ مرافعات) ، الا اذا كان عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العام ، فيجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليهــــــــا الاجراءات (م ١٠٩) ، بل يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمــــــــة الاستئناف أو النقض . ويقدم الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظــــام العام من أى طرف فى الدعوى بما فى ذلك المدعى (١٩) أو الغير الذى أدخل أو تدخل فى الدعوى ، أما عدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا يدفع به الا من الخصم الذى تقررت قاعدة الاختصـــــــــاص لمصلحته .

٢٧٢ - الحكم فى الدفع بعدم الاختصاص :

والأصل أن تفصل المحكمة أولا فى أمر اختصاصها اما من تلقـــــاء نفسها ، أو بناء على دفع مقدم اليها (٢٠) اعمالا لقاعدة أن قاضى الدعوى هو قاضى الدفع ، وذلك قبل الحكم فى موضوع الدعوى . ولكن ان رأت المحكمة أن تقضى فى اختصاصها مع الحكم فى الموضوع معا ، فيجــــوز لها ذلك بأن تضم الدفع بعدم الاختصاص الى الموضوع لتقضى فيهما معا على أن تبين ما حكمت به فى كل منهما على حدة (م ٢/١٠٨) (٢١). على أن المحكمة - ان لم يدفع أمامها بدفع بعدم اختصاصها - اذا قضت

---

(١٩) ويجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم على المدعى بغـــرامة لا تجاوز عشرة جنيهات جزاء له على رفع دعواه الى محكمة غير مختصة .

(٢٠) فكل محكمة مختصة بالفصل فى مسألة اختصاصها ، وليس للمحكمة - كقاعدة أن تنصل فى مسألة اختصاص غيرها من المحاكم (أنظر كيوفندا - نظم ج ٢ بند ١٧٢ . كوستا ص ١٦٢ بند ١١٧ ، فتحى والى ص ٣٢٣) .

(٢١) أنظر موريل بند ٢٩٧ - ص ٢٥١ وما بعدها - أنظر نقض ١٩٧١/٣/١٨ ، س ٢٢ ، ص ٣٥٤ .

فى موضوع الدعوى ، فان هذا القضاء منها يعتبر قضاء ضمنيا باختصاصها بنظر الدعوى .

٢٧٣ ـ قواعد الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص :

١ ـ أنه حكم اجرائى قطعى :

الحكم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص يعتبر حكما قطعيا فى مسألة الاختصاص ، يستنفد ولاية المحكمة التى تصدره بحيث لا يكون لها بعد أن رفضت الدفع بعدم الاختصاص أن تعود وتقضى بعدم اختصاصها (٢٢) .

ومن ناحية أخرى فان الحكم الصادر فى مسالة الاختصاص ، يعد حكما اجرائيا ، فلا يجوز ـ من ثم ـ حجية الأمر المقضى ، وبالتالى لا يمنع محكمة اخرى من الفصل على خلاف ما قضى به ، ولا يجوز الاحتجاج به فى خصومة جديدة الا اذا نص القانون على خلاف ذلك . الا اذا كان الحكم صادرا بعدم الاختصاص اذ ان المحكمة عليها وجوبا أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة ، وتلتزم هذه الأخيرة بحكم الاحالة (٢٣) .

٢ ـ أنه حكم غير منه للخصومة كقاعدة عامة :

والحكم الصادر فى مسألة الاختصاص ، سواء كان صادرا برفض الدفع بعدم الاختصاص أو بقبوله ، لا يعتبر حكما منهيا للخصومة (٢٤)،

---

(٢٢) نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ فى الطعن ١١٢٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٧٧/٤/٥ فى الطعن ٢٥٠ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٧٦/٦/٢٨ ، س ٢٧ ، ص ١٤٣٥ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ ، س ٢٧ ، ص ٧٣٦ ، ١٩٧٦/٢/١٠ س ٢٧ ، ص ٤٢٢ ، ١٩٧/٦/٢٢ ، س ٢٣ ، ص ١١٥٨ .

(٢٣) نقض ٢٠ / ١٢ / ١٩٨٧ ، ٢٨ / ٥ / ١٩٨٦ ، ١٩٨٥/١٢/٤ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥ .

(٢٤) أبو الوفا ـ نظرية الدفوع ، ص ٢١٣ . نقض مدنى ١٩٨٤/١٢/١٣ فى الطعن ٢٠٨ لسنة ٥١ ق . نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن ٤٣٩ لسنة ٤٣ ق ، فتحى والى ، الوسيط ، ص ٧٢٢ . قارن محمد كمال عبد العزيز ، والذى يرى أن الحكم بعدم الاختصاص يعتبر حكما منهيا للخصومة ولو قضت المحكمة بالاحالة ، ط ٢ ، ص ٤٠٥ .

ومن ثم لا الطعن فيه استقلالا فور صدوره ، وانما يطعن فيه مع الحكم المنهى للخصومة ، وذلك لأن الحكم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص يعتبر حكما صادرا أثناء نظر الدعوى ، مما يجعل المحكمة التى أصدرته تستمر فى نظر موضوع الدعوى الأصلى ، وكذلك الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص فهو الآخر غير منه للخصومة ، حيث تلتزم المحكمة باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة مما يعنى استمرار الخصومة فيها .

واذا كان ذلك هو صحيح القانون ، الا أن محكمة النقض لم تلتزم به فى جميع الفروض ، حيث كان قد استقر قضاؤها على أن الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص ، أيا كان نوعها ، تعد أحكاما منهية للخصومة وتكون لذلك قابلة للطعن فيها فور صدورها ، وعلى استقلال (٢٥) . ثم عادت فى الفترة الأخيرة وترددت فى أحكامها فى هذا الصدد ، حيث اعتبرت من الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص أحكاما منهية للخصومة ، يجوز الطعن فيها على استقلال (٢٦) ، فى حين اعتبرها فى بعض الاحكام غير منهية للخصومة ، ولا يجوز الطعن فيها على استقلال (٢٧) .

ويكاد يكون قد استقر قضاؤها على أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص القيمى يعتبر حكما منهيا للخصومة ، الأمر الذى يجيز الطعن فيه على استقلال فور صدوره (٢٨) .

---

(٢٥) أنظر نقض ١٩٨٠/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٨١ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٧٩/٦/٧ فى الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٧/١١/١٢ فى الطعن ٦٣٨ لسنة ٤٢ ق ، ١٩٧٦/١١/١٧ ، س ٢٧ ، ص ١٥٩٤ ، ١٩٧٢/٤/٦ ، س ٢٣ ، ص ٦٥٧ .

(٢٦) نقض ١٩٨٤/١٢/١٣ فى الطعن ٢٠٨ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨١/١٢/١٩ فى الطعن ٨١ لسنة ٤٨ ق ، نقض ١٩٧٩/١/٢٠ فى الطعن ٨٩٨ لسنة ٤٣ ق .

(٢٧) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٨١ لسنة ٥٠ ق .

(٢٨) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨١/١٢/٢٤ ، س ٢٢ ، ص ٢٢٩١ ، ١٩٧٧/١١/١٢ ، س ٢٨ ، ص ١٦٦٨ .

وغنى عن البيان أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، والذى لم تقضى المحكمة باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ، تبعا لذلك ، يعتبر حكما منهيا للخصومة ، يجوز الطعن فيه فور صدوره توصلا الى تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى .

٣ ـ أنه حكم يستأنف مع الحكم الختامى :

وأخيرا فان الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص ، وان كان حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع ، ومن ثم لا تنتهى به الخصومة ، ولا يطعن فيه الا مع الحكم الختامى المنهى للخصومة ، ان كان قابلا للطعن فيه بطبيعة الحال ، واستئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام الصادرة مثل الفصل فى الموضوع ما لم تكن قد قبلت صراحة (م ٢٢٩ مرافعات) .

واذا أجيز الطعن استقلالا فى الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص فانه يكون قابلا للطعن فيه أو ليس قابلا للطعن فيه ، بحسب قيمة الدعوى الصادر فيها الحكم بعدم الاختصاص (م ٢٢٦ مرافعات) .

٤ ـ الغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص لا يعطى للمحكمة التى ألغته سلطة الفصل فى الموضوع :

ومن المقرر أن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، يجوز الطعن فيها بالنقض بسبب مخالفة قواعد الاختصاص ، وعلى محكمة النقض ان قضت بنقض الحكم لهذا السبب ، أن تقتصر على ذلك ، ولها عند الاقتضاء تعيين المحكمة المختصة التى يجب التداعى أمامها باجراءات جديدة (م ١/٢٦٩) (٢٩) . وكذلك الأمر اذا قضت محاكم الدرجة الثانية بالغاء الأحكام المطعون فيها أمامها بسبب عدم الاختصاص ، فيجب عليها الوقوف بحكمها عند مجرد الغاء الحكم ، أو تقرر اعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى ، حتى لا يحرم الخصوم من درجة من درجات التقاضى بالنسبة للموضوع .

---

(٢٩) نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ ، ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، منشورة فى مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

الفـــرع الثـــانى

التنازع بشـــأن الاختصاص

٢٧٤ ـ تحـــديد :

اذا رفع نزاع أمام محكمة مختصة به ، ثم رفع النزاع ذاته أمام محكمة أخرى ، مختصة به أصلا أو غير مختصة ، وحدث أن قضيت محكمة أخرى ، مختصة به أصلا أو غير مختصة ، وحدث أن قضت كلتاهما باختصاصها بنظر النزاع ، أو تخلت كلتاهما عن نظره ، فان نزاعا ينشأ بشأن الاختصاص بين هاتين المحكمتين ، نزاعا ايجابيا فى الحالة الأولى ، سلبيا فى الحالة الثانية . وقد يصل الأمر الى حد صدور حكمان نهائيان متناقضان فى الدعوى نفسها من محكمتين مختلفتين تابعتين لجهة القضاء المدنى . فما هى وسيلة حل مثل هذا التنازع ؟

لا يمكن أن تكون الوسيلة فى هذه الحـــالات هى رفع الأمر الى المحكمة الدستورية العليا بطلب تحديد المحكمة أو الجهة ذات الولاية ، حيث سيكون الطلب ـ فى هذه الحالة ـ غير مقبول ، لأن التنازع لم يكن بشأن الولاية ، وانما كان بشأن الاختصاص بين محاكم جهة قضـــاء واحدة (٣٠) .

ولكن الوسيلة فى هذا الصدد تتمثل فى الطعن فى الأحكام الصادرة فى مسألة الاختصاص ، وفقا للقواعد العامة فى الأحكام ، مع ملاحظة ما يأتى :

١ ـ أن الأحكام الصادرة بالاختصاص أو عدمه لا تقبل الطعن فيها ـ كقاعدة على استقلال ـ وانما يطعن فيها الا مع الحكم الختامى المنهى للخصومة ، والطعن فى الحكم الأخير يستتبع الطعن فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع .

٢ ـ لا تملك المحاكم التى يطعن أمامها فى الأحكام الصادرة من

---

(٣٠) يراجع ما قلناه سلفا بشأن التنازع فى الولاية .

غيرها ، أن تحكم فى موضوع الدعوى ، اذا ألغت الأحكام الصادرة فيها لعيب الاختصاص .

٣ - اذا كان هناك تناقض بين حكمين ، فيجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الأخير ولو كان حكما انتهائيا ، واذا لم يكن الحكم الأول حائزا لقوة الأمر المقضى (م ٢٢٢ مرافعات) . ويجوز الطعن بالنقض فى الحكم الأخير متى كان انتهائيا - أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، وكان الحكم الأول حائزا لقوة الأمر المقضى .

المطلب الثانى

الاحالة وأنواعها ووسيلتها

الفرع الأول

مفهوم الاحالة وأهميته

٢٧٥ - تعريف الاحالة :

الاحالة هى نقل دعوى مرفوعة الى محكمة من المحاكم الى محكمة أخرى (٣١) ، وعلى ذلك فالاحالة لا تكون الا بين محاكم مختلفة تتبع جهة قضاء واحدة ، أو بين محاكم تتبع جهات قضائية مختلفة . وعليه فلا يعتبر من قبيل الاحالة ، ضم دعوى الى أخرى فى دائرتين مختلفتين فى محكمة واحدة ، وان اشترك الضم والاحالة فى بعض القواعد القانونية .

وتختلف الاحالة عند الضم jonction فى أسباب كل منهما ، حيث تتعدد اسباب الاحالة ، أما الضم فيكون بسبب واحد هو الارتباط بين دعويين ، كما أن ضم الدعاوى يخضع لتقدير المحكمة ، بعكس بعض حالات الاحالة .

٢٧٦ - أهمية الاحالة :

لقد رأينا أن الدعوى الواحدة يمكن أن ترفع الى أكثر من محكمة

---

(٣١) كوستا ، ص ١٦٠ ، بند ١١٦ ، وجدى راغب ، مبادىء ، ص ٢٩١ .

كل منها مختصة بنظرها ، وقد تتعدد الدعاوى المرتبطة وترفع الى محاكم مختلفة ، وبالتالى يمكن أن يصدر بشأنها أحكام متعارضة يصعب التوفيق بينها ، وحرصا على عدم تضارب الأحكام ، وتحقيقا لوحدة الحماية القضائية ، يكون من الضرورى أن يفصل فى الدعوى أو الدعاوى المرتبطة من محكمة واحدة ، وهذا يستوجب أن تتخلى احدى المحاكم عن نظر الدعوى واحالتها الى المحكمة الأخرى ، اما لأنها المحكمة المختصة بالفصل فيها ، واما لنظرها مع أخرى مرفوعة اليها ، تكون مرتبطة بها برابطة معينة ، ويكون من حسن سير العدالة أن يفصل فيهما معا من محكمة واحدة .

هذا وقد أجاز القانون للخصوم الاتفاق على احالة الدعوى القائمة بينهم الى محكمة أخرى اتفقوا عليها ، تحقيقا لمصلحة ارتأوها .

الفرع الثانى

حالات الاحالة

٢٧٧ ـ تحديد :

والاحالة بالمعنى المتقدم تختلف ، وعلى ما رأينا ، باختلاف أسبابها وحالاتها ، فقد تكون وجوبية بسبب عدم الاختصاص أو بسبب قيام النزاع الواحد أمام محكمتين مختلفتين ، وقد تكون جوازية بسبب الارتباط بين دعويين . أو بسبب اتفاق الخصوم على الاحالة . وعليه تكون الاحالة وجوبية فى حالتين ، وجوازية فى حالتين ، وذلك على التفصيل الاتى :

أ ـ حالتا الاحالة الوجوبية

٢٧٨ ـ تكون الاحالة من محكمة الى أخرى وجوبية فى حالتين : اذا كانت الاحالة بسبب عدم الاختصاص ، أو كانت بسبب قيام الدعوى الواحدة أمام محكمتين مختلفتين ، على التفصيل الآتى :

٢٧٩ ـ ١ ـ الاحالة بسبب عدم الاختصاص :

أوجب المشرع فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات ، على المحكمة التى تقضى بعدم اختصاصها ، من تلقاء نفسها أو بناء على دفع مقدم

اليها ، أن تأمر باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم اختصاصها متعلقا بالولاية ، وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بالفصل فى الدعوى ، ولو كان هذا الاختصاص قد حدد على أساس قاعدة قانونية غير سليمة (٣٢) . وتحال الدعوى الى المحكمة المحال اليها « بحالتها » أى بما اشتملت عليه من اجراءات وأحكام فرعية ، وكل ما تم صحيحا بشأنها أمام المحكمة الأولى يظل كذلك أمام المحكمة الثانية ، وتتابع الخصومة سيرها أمام المحكمة الثانية من النقطة التى وقفت عندها أمام المحكمة الأولى (٣٣) ، كما يجوز للخصم كذلك ابداء سائر الطلبات والدفوع أمام المحكمة الجديدة ما لم يكن قد سقط الحق فيها لسبب آخر . وتحدد المحكمة المحيلة جلسة للخصوم لنظر الدعوى أمام المحكمة المحال اليها ، وعلى قلم الكتاب اخبار الغائبين من الخصوم بهذه الجلسة بكتاب مسجل بعلم الوصول « م ١١٣ » . وحكمة هذه الاحالة الوجوبية هى حرص المشرع على تجنيب المدعى مشقة اعادة رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة أو الجهة ذات الولاية ، واعادة الاجراءات التى تمت فى الخصومة ، خاصة مع اعتبار أن قواعد الاختصاص والولاية القضائية تعد قواعد دقيقة يكون المدعى معذورا فى خطئه بشأنها (٣٤) .

---

(٣٢) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/١١/٢٧ فى الطعن ٣٥٥ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٥/١٢/٤ فى الطعن ١٤٨٣ لسنة ٥٢ ق ، نقض مدنى ١٩٧٧/١١/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٦/٢/٢١ ، س ٢٧ ، ص ٤٨٠ ، ١٩٧٦/٣/٢٩ ، س ٢٧ ص ٧٧٩ ، ١٩٧٢/٥/٩ ، س ٢٣ ، ص ٨٢٨ ، ١٩٦٤/٣/٥ س ١٥ ، ص ٣١١ .

(٣٣) نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٤ ، نقض ١٩٨٥/١٢/٤ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، العدد الأول ، ص ٢٥٤ . انظر نقض ١٩٧٧/٣/١٦ فى الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٢ قضائية ١٩٦٣/٦/٢٠ س ١٤ ص ٨٩٦ . قد قضت محكمة النقض بأن صدور حكم تمهيدى من المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى الى التحقيق قبل الفصل فى موضوعها لا يمنع من احالتها الى محكمة المواد الجزئية المختصة بها (نقض ١٩٥٥/٢/١٠ المحاماة س ٣٩ ص ٥١٧) .

(٣٤) رمزى سيف بند ٣٢٩ . وان لم يكن معذورا فقد تحكم عليه المحكمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات . مع ملاحظة أن قضاء المحكمة

وجدير بالذكر أن المحكمة المحال اليها الدعوى نتيجة الحكم بعدم الاختصاص ، وان كانت تلتزم بالفصل فى الدعوى ، فانها مقيدة بالأسباب التى بنى عليه الحكم بعدم الاختصاص ، وعلى ذلك فان رأت المحكمة الثانية عدم اختصاصها بنظر الدعوى المحال اليها لأسباب أخرى تختلف عن تلك التى بنى عليها حكم الاحالة ، فانها تقضى بعدم اختصاصها واحالة الدعوى الى المحكمة التى تراها مختصة بنظرها (٣٥) .

ويطبق حكم المادة ١١٠ على سائر محاكم الدرجة الواحدة (٣٦) ، فان حكمت محكمة جزئية بعدم اختصاصها محليا بنظر دعوى معينة فانها تحيلها وجوبيا الى المحكمة الجزئية المختصة ، واذا كان عدم اختصاصها راجعا الى نوع الدعوى أو قيمتها فانها تأمر باحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية ، وتلتزم هذه المحكمة بحكم الاحالة (٣٧) ، وان رأت هى الأخرى ، عدم اختصاصها لسبب آخر ، أحالت الدعوى الى المحكمة المختصة « جزئية ، أو محكمة تنفيذ أو محكمة متخصصة » (٣٨) . وكذلك بالنسبة لمحاكم الاستئناف فان قضت محكمة منها بعدم اختصاصها بنظر الطعن ، فانها تأمر باحالة الدعوى الى محكمة الاستئناف

= الجزئية باحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية لاختصاصها قيميا ، مؤداه اعتبار الدعوى زائدة على ٢٥٠ جنيه (٥٠٠) ولو كان الحكم قد خالف القانون وتلتزم المحكمة المحال اليها بنظر الدعوى والحكم الصادر منها فى الموضوع يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف نقض ١٩٧٦/٢/٢١ - س ٢٧ ص ٤٨٠ .

(٣٥) أنظر أحمد أبو الوفا بند ٢١٥ ، ابراهيم سعد ص ٥٢٥ . أحمد السيد صاوى بند ١٢٢ ص ١٣٠ .

(٣٦) سواء كانت الاحالة من محكمة الى أخرى من نفس طبقتها أو كانت من طبقة أعلى أو أدنى (نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٧٩) .

(٣٧) أنظر فى نقد هذا الوضع أحمد مسلم ص ٢٩٦ بند ٢٧٧ الذى يرى غرابة أن حكم المحكمة الجزئية يلزم المحكمة الابتدائية مع أن هذه الأخيرة تعد جهة استئناف للمحكمة الأولى ، والتى قد ترى المحكمة الابتدائية خطأ المحكمة الجزئية ، فكيف تلتزم بخطأ من وظيفتها تصحيحه ؟

(٣٨) نقض ١٩٧٦/٢/١٠ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ ص ١٦١ فتحى والى - الوسيط ص ٣٣٣ .

المختصة (٣٩) . أما اذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى لصدوره منها فى غير اختصاصها ، فلا تأمر فى هذه الحالة باحالة الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى المختصة . اذ أن الاحالة لا تكون الا تبعا للحكم بعدم اختصاص المحكمة ذاتها ، مصدرة الحكم وليس تقرير عدم اختصاص محكمة أخرى (٤٠) .

واذا رفعت دعوى موضوعية أمام قاضى الأمور المستعجلة فانه يقضى بعدم اختصاصه بنظرها واحالة الدعوى الى محكمة الموضوع « جزئية أو ابتدائية » (٤١) . أما اذا رفعت اليه دعوى وقتية لم يتوافر بشأنها شرط الاستعجال ، فانه يقضى بعدم قبول الدعوى الوقتية ، ولا يحيل الدعوى الى محكمة الموضوع لأن الاحالة لا تكون الا تبعا للحكم بعدم الاختصاص (٤٢) .

ويطبق حكم المادة ١١٠ أخيرا ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية ، فتتم الاحالة من المحكمة المدنية تبعا لانتفاء ولايتها الى الجهة ذات الولاية سواء كانت القضاء الادارى أو أية جهة قضاء استثنائية ولو كانت لجنة ذات اختصاص قضائى (٤٣) .

٢٨٠ — ٢ — الاحالة لرفع ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين :
Renvoi pour litispendance

اذا حدث ورفعت دعوى واحدة أمام محكمتين مختلفتين ، فلا يستطيع الخصم أن يدفع بعدم اختصاص احداها بنظر الدعوى ،

---

(٣٩) نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٧٩ وقضت فيه بأن الحكم الصادر بعدم الاختصاص من محكمة ابتدائية بهيئة استئنائية وباحالته الى محكمة الاستئناف . فانه يلزم المحكمة الأخيرة .

(٤٠) انظر رمزى سيف ص ٣٩١ . ابراهيم سعد ـ ص ٥٢٦ . فتحى والى ـ قانون القضاء المدنى ص ٥٦٩ .

(٤١) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٢٢ الطعن ٧٧٢ السنة ٤٣ قضائية .

(٤٢) انظر فتحى والى ـ ص ٣٣٢ وهامش (٣) .

(٤٣) فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٣٤ . عكس ذلك ـ أبو الوفا ـ بند ٢١٥ .

« اذ أن الفرض أن كلاهما مختصة أصلا بنظر الدعوى » (٤٤) ، وانما يكون له أن يطلب احالة الدعوى الى المحكمة الأخرى ، ويطلق البعض على هذه الاحالة اصطلاح الاحالة للترديد (٤٥) ، واذا تعددت المحاكم المختصة محليا بنظر دعوى معينة ، ورفعت الدعوى بالفعل أمام محكمة معينة منها ، فان ذلك من شأنه جعل المحاكم الأخرى غير مختصة بنظر هذه الدعوى ، ولكن نظرا لأن المحكمة الثانية مختصة أصلا بنظر الدعوى فلا يجوز لذلك الدفع بعدم اختصاصها وانما باحالة الدعوى الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أولا (٤٦) . وقد نظمت المادتان ١٠٨ ، ١١٢ مرافعات الاحالة فى هذا الغرض .

٢٨١ - شروط الحكم بالاحالة :

ويشترط لقبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع الى محكمتين مختلفتين ما يأتى :

١ - أن تكون الدعوى واحدة :

يشترط للدفع بالاحالة فى هذا الفرض ان تكون الدعوى واحدة . بمعنى أن تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الأولى هى نفسها أمام المحكمة الثانية ، وبمعنى أكثر دقة أن تتحد الدعوى الأولى مع الدعوى الثانية فى الخصوم والسبب والموضوع (٤٧) ولا يمنع من توافر وحدة الموضوع اختلاف المطلوب فى احدى الدعويين عن المطلوب فى الأخرى ، اذا كان المطلوب فى احداها يستغرق Continenza المطلوب فى

---

(٤٤) وذلك فى الحالات التى يمكن فيها رفع الدعوى أمام أكثر من محكمة ، مثل الدعاوى الشخصية العقارية ، والدعاوى التجارية والدعاوى الوقتية ، والدعاوى التى يتعدد فيها المدعى عليهم . وهذا التعدد لا يكون كقاعدة الا بالنسبة للاختصاص المحلى فحسب ، فلا يتصور تعدد الاختصاص النوعى أو القيمى أو الوظيفى بالنسبة للدعوى الواحدة (قارن أحمد مسلم - ص ٢٩٧) .

(٤٥) أحمد مسلم - أصول المرافعات ص ٢٩٧ بند ٢٧٨ .

(٤٦) وان كان البعض يرى أن الدفع بالاحالة يتضمن معنى الدفع بعدم الاختصاص . رمزى سيف بند ٣٢٥ ص ٣٩٧ قارن فتحى والى - الوسيط - الاشارة السابقة .

(٤٧) زانزوكى - جـ ١ ص ٤٩٨ بند ٩١

الأخرى (٤٨) ، كما لو كان المطلوب فى احداها الحكم بالفوائد والدين وكان المطلوب فى الأخرى الحكم بالفوائد وحدها . وعلى ذلك فلا يكفى مجرد الارتباط للاحالة فى هذا الفرض (٤٩) .

٢ - أن تكون الدعوى الواحدة مرفوعة أمام محكمتين مختلفتين (٥٠) :

وهذا الشرط يقتضى توافر :

- أن تكون المحكمتان مختلفتين :

فلا يقبل الدفع بالاحالة اذا كانت الدعوى مرفوعة الى محكمة معينة ، ثم رفعت بعد ذلك وبصحيفة جديدة أمام المحكمة نفسها ، ولو كانت أمام دائرة أخرى ، فوسيلة ذلك هو الضم وليس الاحالة وقد يكون من تلقاء نفس المحكمة (٥١) .

- أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضاء واحدة :

فان كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة من محاكم القضاء الادارى ثم رفعت هذه الدعوى الى احدى محاكم القضاء المدنى ، فلا يجوز الدفع بالاحالة امام هذه المحكمة الأخيرة ، وانما يمكن لهذه المحكمة أن تقضى « اما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب » بانتفاء ولايتها واحالة الدعوى الى جهة القضاء الادارى وجوبا « م ١١٠ مرافعات » .

---

(٤٨) احمد مسلم - ص ١٩٨ ، فتحى والى - الوسيط ص ٣٣٦ ، رمزى سيف ص ٣٩٧ ، كوستا بند ١١٦ ص ١٦٠ - ١٦١

(٤٩) ابراهيم سعد - ص ٥٢٨ ، عكس ذلك محمد وعبد الوهاب العشماوى جـ ٢ بند ٧٥٠ ص ٢٥٩ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٦٠ .

(٥٠) ولا يشترط ان تكون الدعوتان مرفوعتين بطلب اصلى أمام المحكمتين ، فقد ترفع الدعوى أمام احداها بطلب اصلى ، وترفع أمام المحكمة الأخرى بطلب عارض (محمد كمال عبد العزيز - الاشارة السابقة - فتحى والى ص ٣٣٦ ، رمزى سيف - بند ٣٢٦ ص ٣٩٧) .

(٥١) فتحى والى - الاشارة السابقة ، محمد وعبد الوهاب العشماوى جـ ٢ ص ٢٥١ بند ٧٥٠ .

- أن تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى :

فان كانت احداها غير مختصة بنظر الدعوى وفقا لقواعد الاختصاص المحلى ، فان كانت المحكمة الأولى غير مختصة ، فيمكن الدفع أمامها بعدم الاختصاص وليس بالاحالة ، ويتحتم فى هذه الحالة احالة الدعوى الى المحكمة الثانية ان قضت الأولى بعدم اختصاصها ، وان كانت المحكمة الثانيه هى المختصة فلا يعقل احالة الدعوى منها ، وهى مختصة بها ، الى المحكمة الأولى وهى غير مختصة بها .

- أن تكون المحكمتان من نفس الطبقة :

فلا يتصور الاحالة - بناء على دفع الاحالة - من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية ، اذ ليس من المتصور التعدد فى المحاكم المختصة نوعيا أو قيميا بنظر الدعوى ، وبالتالى فلا يتصور رفع الدعوى الواحدة أمام محكمة جزئية ، وفى نفس الوقت أمام محكمة ابتدائية ، وحتى لو حدث ذلك فلابد أن تكون احداها غير مختصة بنظرها وعليها احالة الدعوى وجوبا الى المحكمة الأخرى تبعا للحكم بعدم الاختصاص . ومن ناحية أخرى لا تجوز الاحالة من محكمة درجة أولى الى محكمة درجة ثانية ، والعكس صحيح ، فلو رفع نزاعا الى محكمة درجة أولى ، ثم كان هذا النزاع مرفوعا الى محكمة استئناف « كطعن عن حكم صادر من محكمة درجة أولى فى ذات النزاع » . فلا يمكن احالة الدعوى من محكمة الاستئناف الى محكمة الدرجة الأولى نظرا لما فى ذلك من اخلال بدرجات التقاضى (٥٢) ، اذ مؤداه أن تنظر محكمة درجة أولى فى طعن عن حكم لمحكمة فى نفس طبقتها ، كما لا تجوز الاحالة من محكمة الدرجة الأولى الى محكمة الدرجة الثانية ، وانما الذى يمكن الدفع به أمام محكمة الدرجة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من المحكمة المطعون على حكمها بالاستئناف (٥٣) . فضلا عن ان الاحالة لا تكون الا بالنسبة لدعويين قائمتين بالفعل أمام محكمتين من نفس الطبقة .

---

(٥٢) عكس ذلك ، أبو الوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ، بند ١١٩ ، ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .

(٥٣) أنظر فى هذا - رمزى سيف ص ٣٩٨ - ٤٠٠ ابراهيم سعد ص ٥٢٠ عكس ذلك محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٧٥٠ ، محمد كمال

٣ ـ أن تكون الدعوى قائمة أمام المحكمتين :

فلا يجوز الدفع بالاحالة اذا كانت الدعوى قد انتهت أمام احدى المحكمتين لأى سبب من الأسباب ، سواء كان بالحكم فى موضوعها أو بالحكم قبل الفصل فى موضوعها كالحكم بسقوطها أو ببطلان صحيفتها أو باعتبارها كأن لم تكن .

ب ـ حالتا الاحالة الجوازية

٢٨٢ ـ تكون الاحالة من محكمة الى أخرى جوازية فى حالتين آخرتين هما : اذا كانت الاحالة بسبب اتفاق الخصوم ، أو كانت بسبب الارتباط القائم بين دعويين ، على تفصيل نورده فيما يلى :

٢٨٣ ـ ١ ـ الاحالة بسبب الاتفاق :

اذا سلمنا ـ وعلى ما رأينا ـ بجواز اتفاق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص المحلى قبل رفع الدعوى ، فانه يجب علينا التسليم بصحة اتفاقهم على مخالفة تلك القواعد بعد رفع الدعوى ، وذلك باتفاقهم على نقل دعواهم من المحكمة المرفوعة اليها الى محكمة أخرى اتفقوا على اختصاصها بنظرها .

ويجوز للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى ـ احتراما لارادة الأفراد ـ أن تأمر باحالة الدعوى الى المحكمة المتفق عليها (م ١١١ مرافعات) .

عبد العزيز ص ٢٦٠ . وان كان البعض يرى جواز الاحالة من محكمة درجة ثانية الى محكمة درجة ثانية أخرى بشرط أن تكون من نفس الطبقة (العشماوى بند ٧٥٠ ـ كمال عبد العزيز ص ٢٦٠) ونرى أنه لا تجوز الاحالة هنا أيضا بناء على دفع بالاحالة . لأن اختصاص محاكم الدرجة الثانية المحلى يعد اختصاصا متعلقا بالوظيفة ، وبالتالى أن رفع طعن أمام محكمة استئناف المنصورة مثلا عن حكم صادر من محكمة الزقازيق الابتدائية ، ثم رفع ذات الطعن أمام محكمة استئناف القاهرة ، كان على هذه المحكمة الأخيرة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها واحالة الدعوى الى محكمة استئناف المنصورة لأنها المختصة محليا (اختصاصا وظيفيا) بنظر الطعون المتعلقة بأحكام محكمة الزقازيق الابتدائية .

وهذا النوع من الاحالة لا يكون وجوبيا على المحكمة (٥٤) ، لأنها فى الأصل مختصة بالفصل فى الدعوى . واذا كانت الاحالة جوازية ، فهى لا تلزم المحكمة المحال اليها الا اذا كان الاتفاق على عقد الاختصاص لها صحيحا .

٢٨٤ ـ ٢ ـ الاحالة بسبب الارتباط : Renvoi pour connexité

تفترض هذه الحالة أن تكون أمام محكمتيـــن مختلفتين دعويان مختلفتان على الأقل ، وليست دعوى واحدة ، ولكن يوجد بينهمـــا ثمة ارتباط Connessione فى السبب أو فى الموضوع أو فى الخصوم، ونظرا لاختلاف الدعويين فمن الممكن رفع كل منهما على استقلال أمام محكمتين مختلفتين ، تختص كل منها بنظر الدعوى المرفوعة اليها ، ويمكن أن يصدر فيهما حكمان مستقلان ، لا يجوز أى منهما حجيته فى الدعوى الأخرى .

ولكن عملا على حسن سير العدالة ، وتيسير الفصل فى الخصومات ، ومنعا من تضارب الأحكام ، فان ذلك يقتضى جمع هذه الدعاوى المرتبطة أمام محكمة واحدة للفصل فيها بحكم واحد ، وهذا لا يكون جائزا الا بناء على دفع يقدم من المدعى عليه فى احدى الدعاوى باحالتها الى المحكمـة الأخرى التى تنظر دعوى مرتبطة بها ويسمى الدفع عندئذ بالدفع بالاحالة للارتباط . واختلف الرأى فى تعريف الارتباط ، نظرا لأن المشرع لم يورد تعريفا له ، غير أن الارتباط ـ وعلى ما رأينا ـ يتوافر اذا كان بين الدعويين عنصر أو أكثر من عناصرها مشترك بينهما كوحدة الموضوع ، أو السبب ، أو الخصوم ، ولكن هذه الوحدة ليست شرطا لازما لهـــذا الارتباط ، فقد يتوافر رغم انتفاء هذه الوحدة ، ان كانت هناك صلة وثيقة بين طلبين تجعل من المصلحة جمعهما ، لتفصل فيهما محكمـــة واحدة ، تفاديا لصدور أحكام متعارضة أو يصعب التوفيق بينها لو نظرت الطلبين محكمتان مختلفتان (٥٥) .

---

(٥٤) فتحى والى ، الوسيط ، بند ١٨٧ ، رمزى سيف ، بند ٣٢٠ ، أحمد مسلم ، بند ٢٧٥ .

(٥٥) أنظر رمزى سيف ـ ص ٤٠١ بند ٣٢٩ . موريل بند ٢٨٣

فان توافر الارتباط (٥٦) على النحو المتقدم بين دعويين كان للخصم ان يقدم دفع باحالة الدعوى لأى من المحكمتين .

٢٨٥ - شروط الاحالة :

ويشترط للحكم بالاحالة للارتباط ما يلى :

١ - أن تكون الدعويان مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين :

فلا تجوز الاحالة بناء على دفع بالاحالة اذ كانت الدعويان مرفوعتين أمام دائرتين فى محكمة واحدة ، ويجب أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضاء واحدة ، وأن تكون المحكمتان من نفس النوع ، فلا تجوز الاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية والعكس صحيح ، كما لا تجوز الاحالة من محكمة درجة أولى الى محكمة درجة ثانية والعكس كذلك صحيح ، لما فى ذلك من اخلال بدرجات التقاضى .

٢ - أن تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى المرفوعة الى كل منهما :

فيجب أن تكون المحكمة المحيلة مختصة بنظر الدعوى المرفوعة اليها من جميع الوجوه ، فان كانت غير ذلك ، بان كانت غير مختصة ، كانت الاحالة وجوبية تبعا للحكم بعدم اختصاصها ، كما يجب أن تكون كل منهما مختصة محليا بالدعوى المحالة اليها تبعا للارتباط (٥٧) .

٣ - ان تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمام المحكمتين :

فان كانت احداهما قد انقضت أمام المحكمة بالحكم فى موضوعها أو بحكم منه لها قبل الفصل فى موضوعها ، فلا تجوز الاحالة عندئذ .

---

(٥٦) ولو لم يكن هناك وحدة فى الموضوع أو السبب أو الخصوم (العشماوى - بند ٧٥٤ . رمزى سيف بند ٣٣٠) وتقدير توافر الارتباط أمر موضوعى تستقل بتقديره المحكمة المقدم اليها الدفع ، غير خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ ، س ٢٦ ، ص ١٦٤٠

(٥٧) رمزى سيف بند ٣٣٠ ص ٤٠٣ . ابو الوفا - الدفوع بند ٦٥. عكس ذلك العشماوى بند ٧٥٥ .

الفــرع الثـالث

وسيلة الاحالة والحـكم بهـــا

أ ـ وسيلة الاحالة

٢٨٦ ـ وسيلتان :

اذا كانت الاحالة وجوبية بسبب عدم الاختصاص ، فان وسيلتها هى الدفع بعدم الاختصاص . وان كانت بسبب آخر كانت الوسيلة هى الدفع بالاحالة :

أ ـ الدفع بعدم الاختصاص :

رأينا فيما سبق كيف أن المشرع قد أوجب على المحكمة ـ عنـــدما تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، لأى سبب من الأسباب ، اما بناء على طلب من أحد الخصوم أو تلقاء نفس المحكمة ، أن تقضى باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة . واذا لم يكن عدم الاختصاص راجعـــا الى القواعد المتعلقة بالنظام العام ، فان الاحالة لا تكون الا بناء على دفع بعدم اختصاص المحكمة مقدم من المدعى عليه ، قبل ابداء أى دفع أو دفاع فى الدعوى . وقد سبق أن تحدثنا على ذلك تفصيلا .

ب ـ الدفع بالاحالة :

واذا كانت الاحالة بسبب الارتباط أو بسبب قيام النزاع ذاته أمام محكمتين مختلفتين ، فان وسيلة الاحالة فيهما تتمثل فى دفع اجرائى يقدم الى أى من المحكمتين فى الفرض الأول ، أو الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أخيرا فى الفرض الثانى ، يعرف بالدفع بالاحالة ، وقد نظمت أحكام هذا الدفع المادتان ١٠٨ ، ١١٢ من قانون المرافعـــات ولقد ساوت المادة ١٠٨ بين هذا الدفع والدفع بعدم الاختصاص المحلى ، وجعلت منه دفعا اجرائيا يجب ابداؤه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، أو دفع بعدم القبول ، والا سقط الحق فى ابدائه ، ويقدم الدفع بالاحالة من المدعى عليه وحده ، فليس للمدعى أن يتمسك به لو كانت له مصلحة فى الاحالة (٥٨) .

---

(٥٨) نقض ١٩٧٣/٦/١٤ ، س ٢٤ ، ص ٩١٩

ويقدم الدفع بالاحالة فى حالة قيام دعوى واحدة أمام محكمتين مختلفتين الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أخيرا (م ١/١١٢) ، على أساس أن رفع الدعوى أولا الى المحكمة الأولى من شـــأنه نزع الاختصاص (حكما) من المحكمة الثانية . والعبرة فى ذلك بتاريخ رفع الدعوى ، أى بتاريخ ايداع الصحيفة قلم الكتاب (٥٩) . أما اذا كان سبب الدفع بالاحالة هو الارتباط ، فيجوز ابداء الدفع أمام أى من المحكمتين (م ٢/١١٢ مرافعات) .

٢٨٧ ـ سلطة المحكمة فى الحكم بالاحالة :

لا تقضى المحكمة بالاحالة من تلقاء نفسها ، وانما بناء على دفع من ذوى الشأن مستوف لشروطه . فالدفع بالاحالة لا يتعلق بالنظام العام فى قانوننا المصرى ولو تعلق الأمر بنزاع واحـــد مرفوع الى محكمتين مختلفتين . وعلى ذلك فلا يجوز لغير المدعى عليه التمسك به فليس للمدعى ولو كانت له مصلحة الدفع بالاحالة كما لا يجوز للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها (٦٠) .

ولكن اذا توافرت شروط قبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محمكتين ، فعليها وجوبا الأمر بالاحالة الى المحكمة الأولى ، وليس لها

---

(٥٩) واذا أودعت الصحيفتان فى يوم واحد ، فالعبرة بتاريخ الجلسة الأولى لنظر الدعوى أمام كل من المحكمتين (زانزوكى ، جـ ١ ، ص ٩٨ ، بند ٩١) .

(٦٠) نقض ١٩٧٣/٦/١٤ س ٢٤ ص ٩١٩ على عكس القانون الايطالى الذى يجيز فى المادة ٣٩ منه للقاضى الذى رفع اليه النزاع ثانيا أن يقضى من تلقاء نفسه وفى اية حالة كانت عليها الاجراءات وفى أى درجة من درجات التقاضى بشطب الدعوى من الجدول . أنظر زانزوكى بند ٩١ ص ٢٩٨ جـ ١ وما بعدها . ساتا فى تعليقه على المادة ٣٩ ـ التعليق جـ ١ ص ١٦٩ وما بعدها . ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (انظر أحكام النقض الايطالية المشار اليها فى زانزوكى جـ ١ ص ٢٩٨ هامش ١٤٨ . وذلك اذا كانت الدعوى الثانية هى ذاتها الدعوى الأولى) . أنظر فى حكم القانون الايطالى فى هذا الشأن زانزوكى ص ٢٩٨ وما بعدها . ساتا ـ التعليق ص ١٦٩ وما بعدها . كوستا ص ١٦١ .

سلطة تقديرية فى هذا الشان وذلك بعكس الاحالة للارتباط ، اذ يجـوز للمحكمة التى رفع اليها الدفع بالاحالة أن ترفضه رغم توافر شرائطه ، اذا ما قدرت أن الاحالة قد تعطل الفصل فى أى من الدعويين أو حكما وجدت أن الاحالة لا تحقق الفائدة المبتغاة (٦١) .

واذا ما قضت المحكمة بالاحالة ، وجوبا أو جوازا ، فان المحكمـــة المحال اليها الدعوى تلتزم بنظرها (م ٢/١١٢) فلا يجوز لها أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، وعلى المحكمة المحيلة فى جميع الأحوال أن تحدد للخصوم جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المحال اليها ، يقوم قلم الكتاب باخبار الغائبين من الخصوم بها بكتاب مسجل بعلم الوصول (م ١١٣) وتنتقل الدعوى الى المحكمة المحال اليها بكافة الاجراءات التى تمت فيها أمام المحكمة المحيلة وتتابع سيرها أمام المحكمة المحال اليها من حيث انتهت اجراءاتها أمام المحكمة الأولى (٦٢) .

---

(٦١) فتحى والى - الوسيط ص ٣١٨ - رمزى سيف ص ٤٠٤ بند ٣٣١ .

(٦٢) نقض ١٩٧٧/٣/١٦ فى الطعن ٦٦٨ س ٤٢ ص ٧ .

الباب الخامس

الدعوى القضائية

L'action en giustice

تمهيـــد

٢٨٨ ـ كان من الطبيعى أن توجد الدولة ـ وقد منعت الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ـ وسيلة قانونية يلجأ اليهـا الأفـراد لحمـاية حقوقهم من الاعتداء عليها ، والدفاع عنها ، خاصة بعد أن أخذت الدولة على عاتقها واجب اقامة العدالة بين مواطنيها ، ولـذا أنشأت جهـازها القضائى ، ومنحته من الضمانات ما يكفل له القيـام بهذه المهمة ، ومنحت الدولة الأفراد ـ دون تمييز بينهم ـ حق الالتجاء الى هذا الجهاز طلبا لحمايته ، وجعلت منه حقا عاما ، يتمتع به الكافة ، ولا يكون قابلا للتنازل أو الانقضاء بعدم الاستعمال .

واذا ما كان حق التقاضى ، مصون وتكفله الدولة للأفراد ، الا أن ممارسة هذا الحق ، لا يجب أن يتم بطريقة عشوائية غير منظمـة ، وانما تجب ممارسته وفقا للأوضاع والاجراءات التى يحددها المشرع فى هذا الشأن . ولما كانت وظيفة القضاء ، وظيفة عامة ، تباشر وفق مقتضيات معينة ، فانها لا تباشر بطريقة تلقائية ، وانما يجب طلب هذه الوظيفة ممن قامت به الحاجة الى حماية القضاء لحقوقه ومصالحه ، ولذلك لا تباشر وظيفة القضاء الا عندما تقوم الحاجة الى حمايته ، حتى يكـون هنـاك مبررا لتدخل القضاء .

وسبيل المشرع فى ذلك هو تنظيمه لفكرة الدعوى ، والتى جعـل منها حقا فى الحصول على حماية القضاء ، الا أن هذا الحق لا يقـوم الا بتوافر مفترضاته ومقتضياته والتى يعبر عنهـا الفقـه بشرائط قبـول الدعوى ، والتى ان توافرت بالنسبة لشخص معين نشأ له الحق فى الحصول على حماية القضاء ، أى الحصول على حكم فى موضـــوع دعـواه .

وينظم المشرع الاجراءات القانونية اللازم اتخاذها للحصـول على هذا الحكم ، وهى اجراءات يقوم ببعضها الخصوم ، ويقوم بالبعض الآخر القاضى وأعوانه . وتمثل هذه الاجراءات فى مجموعها ما يسمى بالخصومة

القضائية والتى تعتبر شكلا عاما للعمل القضائى . ولكن المشرع قد ينظم شكلا آخر يصدر فيه العمل القضائى مثل العريضة فى نظامنا القضائى ، بالنسبة للأوامر القضائية (أوامر الاداء وأوامر التقدير) .

واذا كانت أحكام القضاء تصدر بصفة عامة فى خصومة ، فانهـــا لا تصدر الا بعد بحث متعمق لوقائع الدعوى ، ودراسة مستفيضة لما يقدمه الخصوم من دفوع وأوجه دفاع ، الأمر الذى يضمن لنا حدا ما لعـدالة ما يصدر عن القضاء من أعمال . ولكن ذلك لا يجب أن ينسينا أن هذه الأعمال انما تصدر عن القضاة وهم بشر ، وهم لذلك قد يقعون ــ مثلهم فى ذلك مثل سائر الأفراد ــ فى الخطأ والبعد عن الصواب ــ الأمر الذى يقتضى ايجاد وسيلة ما لمراجعة ما يصدر عنهم من أعمال ، ضمانا للوصول الى عدالتها . ولكن هذا لا يجعلنا نفتح الباب أمام الخصوم للمنازعة من جديد حول ما قضت به هذه الأحكام . ولذلك كان من الضرورى أن تحدد طرق الطعن فى الأحكام على سبيل الحصر ، وباستنفاد هذه الطرق ، يصبح الحكم عنوانا للحقيقة التى لم تعد قابلة للجدل أو المناقشة .

٢٨٩ ــ تقسـيم :

واذا كانت الدراسة العلمية للتقاضى أمام القضاء المدنى ، تقتضى البدء بدراسة الدعوى ، أو الحق فيها ، باعتبارها الوسيلة القانونية التى يمارس بها حق الالتجاء الى القضـاء ، ثم دراسة اجـراءات الحصـول على حماية القضاء ، أى دراسة الأجراءات التى يمـارس بهـا النشـاط القضائى . ثم نبين فكرة الحكم القضائى وما يرتبه من آثـار قانونية ، ثم الوسائل التى حددها المشرع لمراجعته ، أى طرق الطعن فى الأحكام . وذلك بعد أن انتهينا فى الجزء الأول من قـواعد التنظيم القضـــائى وأحكامــه .

ونظرا للأهمية العملية البالغة لاجراءات التقاضى وقواعدها ، فقـد رأينا أن نخصها بمؤلف مستقل ، نتناول فيه الاجراءات القضائية التى نظمها المشرع للحصول على حماية القضاء ، سواء كانت الاجـــراءات العاديـة

للتقاضى ، أو الاجراءات الخاصة التى يحددها المشرع ، ثم الأعمال القضائية الصادرة فى هذه الاجراءات بنوعيها .

وعلى هذا نقتصر فى هذا المقام على الدعـــوى القضائية ، لتكون دراستها فى باب خامس ، ينضم الى الأبواب الأربعة السابقة المكونة لهذا الجزء ، الذى يعبر عن دراسة التنظيم القضائى حالة سكونه ، ليكون الجزء الثانى ممثلا لدراسة التنظيم القضائى ، مؤديا وظيفته ، أى حال حركته .

● مفهوم الدعوى

● شروط قبولها

● تقســــيماتها

٢٩٠ - تمهيــد وتقسيم :

تعد الدعوى القضائية ، أداة قانونية للحصول على حماية القضاة للحقوق والمراكز القانونية Une Voie de droit (١) بل تعد من أخطر الوسائل القانونية للحصول على هذه الحماية وأهمها . خاصة بعد أن منعت الدولة المعاصرة - كقاعدة - نظام القضاء الخـاص Justice privé الذى كان سائدا فى ظل المجتمعات القديمة ، فلم يعـد جائزا - كأصل عام - أن يقتضى الفرد لنفسه بنفسه وبوسائله ، وانما كل مالـه - عنـد الاعتداء على حقه أو التهديد به - أن يلجأ الى الجهة المنوط بها اقتضاء الحقوق ، وحمايتها من الاعتداء عليها أو التهـديد به ، وذلك عن طريق ما يحدده المشرع من وسائل فى هذا الشأن ، ومنها الدعوى ، والتى تعد وسيلة عامة لاقتضاء الحقوق وحمايتها ، (٢) ، (٣) .

---

(١) Solus H. et perrot. R; Droit Judiciare prive, T.I, Sirey. 1961, No 91 p. 94 .

Morél René : Traité élémentaire de procédure civile, 3' éd. 1949 No 22 .

رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنيـة والتجـارية - دار النهضة العربية ١٩٦٨ - ١٩٦٩ بند ٧٠ ص ١٠١

(٢) انظر وجدى راغب فهمى - مبادىء الخصومة المدنية ١٩٧٨ ص ١٠٢ فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ص٥٧، أحمد مسلم - أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ٣٠٩ بنــد ٢٨٧ ، عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - رسـالة مطبوعة سنة ١٩٤٧ ص ١١ وما بعدها . عبد الباسط جميعى - مبادىء المرافعات ١٩٨٠ص٢٩٦

(٣) يتضح بذلك أن الدعوى ليست هى الوسيلة الوحيدة لحمـاية الحق ، فقد يقرر المشرع وسائل أخرى لحماية الحقوق ، مثل الدفاع الشرعى، والحق فى الحبس ، والأحكام الى شخص ثالث .

والدعوى رغم أهميتها ، يشوبها الكثير من الغموض والابهـام ، نظرا للفقر التشريعى فى تنظيمها ، ولهذا كانت وما زالت محـلا لخلاف فقهى محتدم لم ينته الى نتيجة مؤكدة حتى اليوم ، من حيث تحـديد ماهيتها وطبيعتها وشروط قبولها .

وسنحاول - من جانبنا - الوقوف على حقيقة الدعـوى ، بتحديد مفهومها ، وبيان طبيعة الحق فيها ، وشرائط قبولها وتقسيماتها المختلفة . راجين أن تأتى هذه المحاولة المتواضعة بثمرة ما ، تضـاف الى الثمرات الطيبة التى أتت بها المحاولات الجادة ، التى سبقنا اليهـا أساتذة اجلاء وعلماء أفاضل فى علم القانون .

وينقسم هذا الباب لذلك الى فصول ثلاثة . نبين فى الأول فكـرة الدعوى وطبيعة الحق فيها ، أما الثانى فسنخصصـه لدراسـة الشرائط العامة لقبول الدعوى . مختتمين هذا الباب بدراسة التقسيمات المختلفة للدعـوى .

الفصل الأول

فكـــرة الدعـــوى

Notion d'action en Justice

٢٩١ ـ تمهيـــــــد :

تستعمل الدعوى بمعان متعددة (١) فتستعمل تارة بمعنى المطالبة القضائية ، وتارة أخرى بمعنى الادعاء pretention كما تستعمل بمعنى الخصومة Instence . وازاء هذا الاختلاف فى استخدامات الدعوى ، كان علينا أن نعرض لتعريف الدعوى وحقيقة مركزها ، ثم نعـــرض بعد ذلك لخصائصها والعناصر التى تتكون منها . وذلك على التفصيل الآتى :

---

(١) أنظر فى هذه الاستخدامات . فتحى والى ـ الوسيط ص ٥٧ بند ٢٦ . محمد حامد فهمى ـ المرافعات ، بند ٣٣٨ .

المبحث الأول

تعريف الدعوى وطبيعتها

المطلب الأول

تعـــريف الدعـــوى

٢٩٢ - أولا - الدعوى لغة :

الدعوى اسم من الادعاء ، وتأتى بمعان متعددة فى اللغة ، فتأتى بمعنى (الطلب والتمنى) لقـــوله تعالى : « ولهم فيها فكهة ولهم ما يدعون » . كما تأتى بمعنى (الدعاء) لقوله تعالى : « دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمـــد لله رب العالمين » . كما تأتى بمعنى (اضافة الانسان الى نفسه شيئا » (٢) .

٢٩٣ - الدعوى اصطلاحا :

١ - فى الفقه الاسلامى :

تعددت تعريفات الفقه الاسلامى للدعوى (٣) ، فمنهم من عرفها بانها طلب حق من حقوق العباد عند الحاكم . وهذا هو تعريف مجلة الأحكام العدلية للدعوى (م ١٦١٣) ومنهم من عرفها بأنها « اخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند الحاكم ليلزمه به » ، ومنهم من عرفها بأنها : « اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته » . وهناك من عرفها بأنها قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره .

٢ - فى فقه القانون :

لم يشأ المشرع أن يقدم تعريفا محددا للدعوى ، تاركا ذلك لمجهـــود

---

(٢) ابن منظور ، لسان العرب - ج ١٤ ، ص ٢٥٦ ، محمود هاشم - اجراءات التقاضى والتنفيذ ، ط ١ - الرياض ، بند ٧ ، ص ١٤

(٣) أنظر فى هذه التعريفات مؤلفنا المشار اليه فى الهامش السابق ، بند ٨ ، ص ١٤ - ١٥ . والمراجع العديدة فى الفقه الاسلامى والتى أشرنا اليها فى الهوامش من ٣ - ٨ .

الفقه وتقديرات المحاكم ، معتقدا أن المسألة لا تعدو أن تكون مسألة تعريف فحسب ، غير أن الوصول الى تعريف محدد للدعوى ليس أمرا سهلا (٤) ولذلك تعددت بصدده الآراء ، الى الحد الذى زاد الدعوى غموضا. فمن قائل بأنها حق الانسان فى الالتجاء الى القضاء لتقرير حق له أو تمكينه من الانتفاع به أو تعويضه عن الحرمان من هذا الانتفاع (٥). ومن قائل بأنها المطالبة القضائية demande en Justice ، أى « الطلب الذى يرفع الى القضاء للحصول على حكم باقتضاء الحق أو تقريره (٦) ، ومن الفقهاء من عرف الدعوى بأنها عبارة عن ادعاء معروض على القضاء. وأخيرا من عرفها بأنها مجرد حق Droit أو سلطة قانونية معينة ، وهو تعريف التشريع الفرنسى لها فى المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (٧).

---

(٤) Rocco Ugo. Trattato di diritto processuale civile, Utet 1957, IP 249 No 6 .

Vincent Jean, procédure civile, D, 1978 No I3,14 P. 37 et s .

(٥) وقد عرفها البعض بأنها الحق المقرر لكل انسان فى الالتجاء الى القضاء للحصول على حق مجحود أو مغتصب ، وان ميز بين الدعوى وبين المطالبة نفسها ، فالمطالبة ليست الا وسيلة لاستعمال هذا الحق ذاته (عبد الفتاح السيد - الوجيز فى المرافعات المصرية ١٩٢٤ ص ٣٠٦ بند ٣١٧ .

وانظر فى تعريف الدعوى والخلاف حول طبيعتها وما اذا كانت حقا مستقلا أم لا . مقالة ليبمان - الدعوى فى نظرية الخصومة المدنية .. المنشورة فى مشاكل الخصومة المدنية ص ٢٢ وما بعدها :

Brulliard Germain, Procédure civile, paris, 1944, P.21, No 20

(٦) أحمد مسلم - أصول - ص ٣٠٩ بند ٢٨٧ ، ص ٣١١ بند ٢٨٩

Lacoste M.L. Précis élémentaire de procedure civile, 1939, P. 24 No 37'

(٧) والتى تنص على

" L'action est le droit, pour L'auteur d"une prétention, d' être entendu sur le fond de celle - ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour L'adversaire , L'action est le droit de discuter le dien fondé dc eette prétention " .

وقد أورد فنسان وجنشار تعريفا مبسطا للدعوى بأنه السلطة المعترف =

وكما قيل بحق (٨) ، أن كل تعريف من هذه التعريفات صحيح فى ذاته ، طالما اقتصر على حقيقة ما يقصده القائل به ، فكل فقيه قد يأتى بتعريف معين للدعوى يتفق مع ما يرمى اليه ، وما يقصده بهذه الدعوى. ولكن هذا التعريف لا ينطبق على الاستعمالات الأخرى للدعوى . وان كان من الواجب ألا يطلق لفظ الدعوى على تلك الاصطلاحات الأخرى التى يكون لها مدلولها الفنى الخاص مثل المطالبة أو الخصومة . ذلك لأن المطالبة القضائية مجرد وسيلة لرفع الدعوى ، ولكنها ليست الدعوى ذاتها . كما أن الخصومة هى مجموعة من الاجــــراءات القضــائية التى تتخذ من الخصوم او القضاة أو اعوانهم والتى تبدأ بالمطالبة وتنتهى بالحكم القضائى الذى يصدر فى ختامها .

واذا طرحنا جانبا اطلاق لفظ الدعوى على المطالبة القضــائية ، وكذلك اطلاقها على الخصومة القضائية ، فانه يجب علينا أن نلقى جانبا من الضوء على فكرة اعتبار الدعوى مجرد ادعاء ، أو فكرة اعتبارها حقا أو سلطة قانونية .

٢٩٤ ـ (أ) الدعوى ادعاء قانونى لدى القضاء :

يذهب البعض (٩) الى تعريف الدعوى بانها مجرد ادعاء قانونى معروض على القضاء ، والادعاء فى رايهم تأكيد شخص لحقه او مركزه

=

بها للأفراد فى اللجوء الى القضاء للحصول على ما يحمى حقوقهم ومصالحهم المشروعة .

" L'action est le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adreser à le justice pour obtenir la respect de leurs droits et de leurs in'erêts légitimes " Vincent et Guinchard, op cit No 18, p. 39.

(٨) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ٥٨

(٩) وجدى راغب ـ النظرية العامة للعمل القضائى ـ رسالة ١٩٧٤ ص ٤٢٧ ، ٤٥٣ . مبادىء الخصومة المدنية ـ ص ١٠٣ . ابراهيم نجيب سعد ـ القانون القضائى الخاص الجزء الاول سنة ١٩٧٤ ص ١٢٨ . محمد عبد الخالق عمر . رسالة

=

القانونى بناء على واقعة أساسية معينة ، وهذا التأكيد يعد ارادة ذاتية للشخص تتم نتيجة لتقرير انفرادى لارادة القانون الخاصة (١٠) .

وقد انتقد البعض (١١) هذا التصوير ، بقوله أنه اذا « استعمل الشخص حقه فى الالتجاء الى القضاء فانه يطرح ادعاء معينا أمام القضاء » ولكن يجب عدم الخلط بين الفكرتين ، فلكل شخص — بموجب حقه فى الالتجاء الى القضاء — أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة . ولكن قيام هذا الادعاء .. لا يعنى أن لصاحبه الحق فى الدعوى . وينتهى الى أن القانون يفرق بين الفكرتين ، فهو عندما ينظم شروط دعوى معينة فانه لا ينظم شروط الادعاء .

وهذا النقد فى ذاته صحيح ، لان الدعوى شىء ، والادعاء شىء آخر ، اذ أن الدعوى ، باعتبارها حقا ، لا تنشأ ولا تقوم الا اذا أتم الاعتداء على الحق بالفعل ، أو تم التهديد به . وتوجد هذه الدعوى والحق فيها بمجرد توافر الواقعة المنشئة لها ، وهى الاعتداء على الحق أو المركز القانونى ، ولو قبل رفع الامر الى القضاء أى قبل الادعاء ، الذى لا يوجد الا برفعه أمام القضاء (١٢) . ولهذا نجد ، ان المشرع الفرنسى ، يفرق بين الدعوى والادعاء ، فيقرر أن الدعوى بالنسبة للمدعى هى الحق فى أن يسمعه القضاء بشأن ادعائه ، حول ما اذا كان هذا الادعاء يقوم على أساس أم لا . وهى بالنسبة للمدعى عليه حقه فى مناقشة أساس هذا الادعاء (١٣) .

=

" La notion d'irrecevabilité en droit judiciare privé, Thése, Paris, 1967 p. 91 ".

Cornu G. et Foyer Procédure civile, Thémis, 1958, p. 283. Betti E. Ragione e azione, in Riv. Dir. proc. 1932, I, p. 205 e seg.

(١٠) وجدى راغب . رسالة — ص ٤٢٧

(١١) فتحى والى — **الوسيط — ص ٦٠ — ٦١**

(١٢) فتحى والى — الاشارة السابقة .

(١٣) انظر المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٥ . وفنسان وجنشار — المرجع السابق ص ٣٥ بند ١٨ ، وكذلك Chouchez G. Procédure civile, Sirey 1978 p. 90 No 149.

٢٩٥ - (ب) الدعوى حق أو سلطة قانونية : le pouvoir légal

يذهب الرأى الغالب (١٤) فى الفقه الى تعريف الدعوى بأنها حق ، أو سلطة قانونية تخول صاحبها الالتجاء الى القضاء طلبا لحمايته ، ورغم اتفاق أغلب الفقهاء على تصوير الدعوى كحق أو سلطة قانونية ، الا أنهم فد اختلفوا فى تحديد مضمون هذا الحق . فمنهم من صوره على أنه حق عام ، أى سلطة عامة تثبت لكل الافراد ، ومنهم من صوره على أنه حق ذاتى مخول لشخص معين .

١ - الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء :

ذهب البعض الى القول بأن الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء ، فهى عند البعض « الحق المقرر لكل انسان فى الالتجاء الى القضاء للحصول على حق مجحود أو مغتصب » (١٥) ، أو هى « حق الانسان فى الالتجاء الى القضاء لتقرير حق له أو تمكينه من الانتفاع به ، أو تعويضه عن الحرمان من هذا الانتفاع » (١٦) .

والدعوى بهذا المعنى ليست حقا ذاتيا diritto subbiettivo لان الحق الذاتى لا ينشأ الا عندما تباشر الدعوى فى الحالة المجردة عن طريق المطالبة القضائية . اما قبل رفعها فهى لا تعدو أن تكون سلطة قانونية potesta d'agire (potere giuridico أى فى الالتجاء الى القضاء وهى كغيرها من السلطات ليست الا تعبيرا عن ارادة الشخص ،

(١٤) فنسان بند ١٤ ص ٣٦ . الذى يعرفها بأنها سلطة قانونية للالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون . وفنسان وجنشار بند ١٨ ، ص ٣٩ ، وبند ١٩ ، ص ٤٢ . وانظر أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة ١٢ ص ٩٨ بند ٩١ . بند ٩٥ ص ١٠١ سوليس وبيرو - جـ ١ ص ٩٥ بند ٩٤

Jése G. principes généraux du droit adminisratif Paris 1925 30 ed, T.I. p. 13 ets.

Duguit L. Traité de droit Constitutionrel, 3e éd, 1928, I, p. 225 Joly André, Procédure civile, 1969 p. 85 No 97.

(١٥) عبد الفتاح السيد - ص ٣٠٦ أجوروكو جـ ١ ص ٢٣٩ - ٢٥٩

(١٦) محمد حامد فهمى - المرجع السابق ص ٣٥٥

مضمونها ارادة شيء ما ، أي ببدء مطالبة قضائية ، وهى لا تتضمن ادعاء معين ، فهى مستقلة عنه (١٧) ، كما أنها مستقلة عن الرابطة القانونية الموضوعية التى يطلب تقريرها أو تحقيقها (١٨) .

ولكن هذا الاتجاه يعد اتجاها منتقدا ، لأنه يخلط بين الدعوى وبين حق الالتجاء الى القضاء . المعروف بحق التقاضى droit d'agire خلطا لا يبرره المنطق القانونى السليم . فحق الالتجاء الى القضاء يعد حقا من الحقوق العامة التى يعترف بها القانون للكافة ، فهو حرية من الحريات العامة ، وهو بهذه المثابة لا يقبل التنازل عنه ، ولا للانقضاء بعدم الاستعمال . وهو حق يكفله المشرع الدستورى لكل الافراد (م ٦٨ من الدستور المصرى سنة ١٩٧١) فى حين أن الدعوى لا تثبت للكافة ، وانما لشخص معين وفى وقت معين ، فهى لا تثبت الا للشخص الذى اعتدى على حقه أو هدد بالاعتداء عليه ، أما قبل ذلك فلا يكون له الحق فى الدعوى ، كما أن حق الدعوى لا يثبت الا لشخص معين هو من توافرت فيه صفة محددة بالنسبة للحق الموضوعى المراد حمايته من الاعتداء الواقع عليه . والدعوى لذلك تكون حقا خالصا لصاحبه ، له

---

(١٧) Zanzucchi M. Tullio, Diritto Processuale civile, V.I, Giuffrè 1964, p. 56 57 No 52.

Alfredo Rocco, la Sentenza civile, Roma 1906 No 31.

وهى النظرية ذاتها التى قال بها الفقيه الالمانى Degenkolob مشار اليه فى كوستا ص ١٢

مع ملاحظة أن الفقيه الفرنسى دوجى ، وان كان يعتبر الدعوى وسيله قانونية Voie de droit بل هى أكمل الوسائل القانونية فى نظره التى تكفل طاعة القاعدة القانونية عن طريق الجزاء المباشر أو غير المباشر لها ، فهى الامكانية المخولة لكل شخص فى طلب حل مسألة قانونية من القاضى الذى يتخذ قراره الا أنه يعود ويلغى التفرقة بين الدعوى والالتجاء الى القضاء ، وكذلك المطالبة القضائية مقررا أن الدعوى هى المطالبة القضائية ، أى العمل الذى يقوم به الشخص طبقا لما يقرره القانون بصدد المطالبة القضائية والتى تعد عمل شرط Actio - Condition لتحريك ولاية القاضى (القانون الدستورى ج ٢ ص ٤٥٧) .

(١٨) أوجوروكو - مطول ج ١ ص ٢٤٩ بند ٦

أن يستبقيه لنفسه ، وله أن يتنازل عنه للغير ، كما أنه يكون قابلا للانقضاء لأى سبب من الأسباب ، اما بصدور الحكم فى موضوع الدعوى ، واما بفوات المدة المحددة لاستعمال الحق فى الدعوى (١٩) .

٢ - الدعوى حق :

ولما كان من غير الممكن تصوير الدعوى على أنها حق الالتجاء الى القضاء ، فان الدعوى هى حق ليس هو الحق العام الذى يثبت للكافة بلا استثناء فى التقاضى ، وانما حق ذاتى يطلق عليه « حق الدعوى " Droit d'action " ، يثبت لشخص معين ، هو صاحب الصفة بالنسبة للحق الذى يدعيه والذى تم الاعتداء عليه بالفعل ، حقه فى أن يحصل على حماية القضاء لحقه أو مركزه القانونى (٢٠) .

---

(١٩) فتحى والى - الوسيط ص ٦٠ . وجدى راغب - الخصومة ص ١١٢ - ١١٣ ابراهيم سعد - ص ١٢٦ . أحمد أبو الوفا - ص ١٠٣ - بند ٩٧ .

(٢٠) فتحى والى - الوسيط ٥٨ . وجدى راغب - رسالة ص ٤٥٥ وما بعدها . وقارن عبد الباسط جميعى - مبادىء سنة ١٩٨٠ الذى يعرفها بأنها وسيلة قانونية لحماية الحق ، ثم يخلص الى أنها مجرد اجراء لازم لحماية الحق (الموضوعى) وهى بهذه المثابة نتيجة من نتائج الحق وأثر من أثاره . ص ٢٩٦ ، ص ٣٠٦ . وكذلك كيوفندا

Chiovenda G., principii di diritto processuale civile, Napoli 1965 p. 43 e seg.

والذى يعرف الدعوى بأنها حق من الحقوق الارادية

Uno dei diritti potestativi

فهى مجرد سلطة قانونية فى عرض الشرط المتطلب لتحقيق ارادة القانون .

وانظر دوجى الذى لا يعترف بالدعوى كحق ذاتى ، فهو ينكر الحقوق الذاتية . وانما الامكانية المخولة لشخص فى أن يطلب من القاضى حلا لمسألة قانونية ، الذى يصدر قرارا يتفق منطقيا مع الحل الذى أعطاه لهذه المسألة (القانون الدستورى جـ ١ ص ٢٩٩ وما بعدها) . وانظر فى نقد تصوير الدعوى بأنها حق (عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - الطبعة الاولى ص ١٢) . وانظر فى عرض نظرية دوجى . عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق ص ١٩ وما بعدها .

وهذا القول يعد نتيجة منطقية لحرمان الشخص من اقتضاء حقه بنفسه ، وحماية حقوقه بوسائله الخاصة ، فكان لابد أن يوجد المشرع وسيلة أخرى لحماية الحقوق عند الاعتداء عليها ، اما رد الاعتداء أو الوقاية منه ، فكانت الدعوى ، وكان الحق فيها ، الذى يثبت لمن يدعى لنفسه حقا تم الاعتداء عليه أو هدد بالاعتداء عليه (٢١) .

المطلب الثانى

طبيعة الحق فى الدعوى

٢٩٦ ـ الخلاف حول هذا الحق :

اذا كانت الغالبية قد اتفقت على اعتبار الدعوى حقا أو سلطة قانونية ، الا أنهم قد اختلفوا فى تحديد طبيعة ذلك الحق أو هذه السلطة ، فهل هى الحق الموضوعى نفسه المطلوب حمايته ، أم هى حق مستقل عن هذا الحق الموضوعى ؟ . ونعرض ـ فى ايجاز شديد ـ لهذا الخلاف الفقهى حول طبيعة الدعوى أو الحق فيها . ويمكننا أن نصنف الآراء (٢٢) العديدة التى قيل بها فى هذا الخصوص الى اتجاهين ، اتجاه التوحيد أو الادماج ، والاتجاه الثانى هو الفصل بين الدعوى والحق الموضوعى :

---

(٢١) وفى ذلك يقول العشماويان أن الدعوى « هى السلطة المخولة لكل شخص ، له حق يعترف القانون بوجوده ، فى أن يطلب حماية القضاء ، لاقرار هذا الحق اذا جحد ، أو رد الاعتداء عنه ، أو استرداده اذا سلب . وتوجد الدعوى بهذا المعنى سواء لجأ الشخص للقضاء ، أم لم ير به حاجة لذلك ».. قواعد المرافعات جـ ١ ـ ١٩٥٧ ص ٥٥٤ بند ٤٣٣ .

(٢٢) أنظر عرضا لهذه الآراء فى زانزوكى ـ المرجع السابق ص ٥٦ ـ ٦٤ بنود ٥٢ ـ ٥٥ ، ليبمان ـ الدعوى فى نظرية الخصومة المدنية ـ المرجع السابق ص ٢٨ وما بعدها . كوستا ص ١٠ ـ ١٣ بند ٧ ـ ٩ . كيوفندا ـ مبادىء ص ٤٣ وما بعدها . سوليس وبيرو ـ جـ ١ بند ٩٥ وما بعدها . ص ٩٦ وما بعدها . وجدى راغب فهمى ـ رسالة ـ ص ٤٥٥ وما بعدها . عبد المنعم الشرقاوى ـ رسالة ص ١٨ وما بعدها .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن فكرة الدعوى فكرة نسبية ، تختلف باختلاف الميول والاتجاهات مثل كلامندريه

٢٩٧ - نظرية التوحيد :

تذهب النظرية التقليدية (٢٣) الى أن الدعوى لا تعد حقا مستقلا عن الحق الموضوعى الذى تحميه ، وانما تمثل معه شيئا واحدا ، فالحق فى الدعوى هو نفسه الحق الموضوعى . وبهذا يدمج أنصار هذا الاتجاه الدعوى فى الحق الموضوعى ، بحيث يمثلان شيئا واحدا .

ورغم اتفاق أنصار هذا الاتجاه على عدم استقلال الحق فى الدعوى عن الحق الموضوعى الا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم فى تصويرهم لهـــذا الاندماج أو هذا التوحيد .

=

Calamandrei piero, Relativita del concetto d'azione, in Riv. Dir. proc. Civ. 1939, I, p. 22.

وانظر فى عرض فكرة النسبية هذه زانزوكى ج ١ بند ٥٣ ص ٥٨ . وفى نقدها وجدى راغب – رسالة ص ٤٥٦ . كما انتشرت فى الفكر القانونى فكرة وجود المعنى المزدوج للدعوى . دعوى بالمعنى الموضوعى ، ودعوى بالمعنى الاجرائى . انظر سوليس وبيرو ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ . ولكن الدعوى لابد أن تكون لها معنى واحد فى القانون الوضعى ، هو المعنى الفنى لها (انظر وجدى راغب – رسالة ص ٤٥٦ – ٤٥٧) . وانظر من فكرة الدعوى أيضا

Pekelis, Azione, in Nuovo Digesto It, ed in Novissimo Digesto it. Bet.i E. Ragione e azion, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1932, I, p. 205.

(٢٣) Garsonnet et Cézar - Bru. Traité. de procédure 5 éd, 1912, T.I, p. 521 No 351.

Japiot René, Traité, élémentaire de procédure civile et Commerciale, 3 éd paris, 1935 p. 49 No 59.

كما أيده الفقيه الايطالى Satta الذى يرى أن المشرع يتحدث عن ممارسة الدعوى وليس عن الدعوى ، والدعوى تمارس بالمطالبة القضائية والتى تعد اعلانا أو اخبارا بالحق المطلوب حمايته ، أى أن الدعوى هى الحق ذاته

Satta S. Diritto procéssuale civile Cedam, 1959, p. 97 et seg. No 72.

عبد الحميد أبو هيف – المرافعات بند ٣٩٥ ص ٣١٤ . وانظر فى عرض هذه النظرية ونقدها فى

Vizioz H. Etudes de procédure, Bordeaux 1952 p. 27 et S.

فمنهم من ذهب الى أن الدعوى هى الحق الموضوعى ذاته فى حالة الحركة (٢٤) ، بمعنى أن الحق الموضوعى يظل ساكنا لا يتحرك طالما لم يحدث اعتداء عليه . فاذا وقع اعتداء عليه ، فانه يتحرك للدفاع عن نفسه ضد هذا العدوان ، ويسمى الحق فى هذه الحالة دعوى . ويدلل القائلون على صحة ما ذهبوا اليه بأن الموضوع فى كل من الدعوى والحق واحد ، وينتهون الى أن الدعوى تدور وجودا وعدما مع الحق الموضوعى ، فتقوم بقيامه وتزول بزواله .

- ومنهم من ذهب الى أن الدعوى مكون من مكونات الحق (٢٥) ، لأنها مجرد عنصر من عناصره ، فالحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون ، وتمثل الدعوى اذن عنصر الحماية فى الحق ، وتدخل مع عنصر المصلحة ليكونا معا الحق الذى يحميه القانون . والحماية ، باعتبارها عنصرا فى الحق توجد ولو قبل الاعتداء عليه .

- ومنهم من اعتبر الدعوى مجرد امتياز من امتيازات الحق (٢٦) ،

---

(٢٤) " L'action posséde alors la méme nature et les même Caractéres que ce droit ". " L'action est L'état dynamique. le droit est L'état statique ".

أنظر جارسونيه ص ٥٢٠ . أنظر فنسان وجنشار ، ص ٤٠ بند ١٨

(٢٥) عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - ص ٣٤ بند ٣٢ الذى يقول فيه أن النظرية القائلة بأن الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء فانها تجانب الصواب ، لأن الدعوى ليست هى الحق بل هى أحد عناصره ، فالحق .. تحميه الدعوى وهى منفصلة عن الحق الذى تحميه .. ثم يعود بعد ذلك سيادته ليقرر - (بعد أن قرر انفصال الحق عن الدعوى) - أن عنصرا الحق هما المصلحة والحماية القانونية . وصورة الحماية القانونية هى الدعوى (بند ٣٤ ص ٣٥) . وعلى هذا الرأى أغلب فقهاء القانون المدنى . أحمد ابو الوفا - المرافعات بند ٩٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٦٣ .

(٢٦) Golin A. Capitan H. et Julliot. Traité de droi' civile Dolloz, 1953 T.I, p. 67 - No 109.

مشار اليه فى وجدى راغب - الخصومة المدنية ص ١٠٩ هامش (٢٠).

فالحق أيا كان يخول صاحبه امتيازات ومكنات معينة ، من هذه الامتيازات حق الدعوى دفاعا عن الحق .

- ومنهم من اعتبر الدعوى اجراء لازما لحماية الحق(٢٧) ، فهى بهذه المثابة نتيجة من نتائج الحق وأثر من الآثار التى يرتبها القانون على وجوده .

وتنتهى النظرية التقليدية الى عدة نتائج أهمها :

١ - ارتباط الدعوى بالحق وجودا وعدما ، فلا تقوم الدعوى بدون الحق ، كما لا يوجد الحق بغير دعوى تحميه ، فبوجود الحق توجد الدعوى ، وبزواله تزول الدعوى (٢٨)

Pas de droit sans action, et aussi pas de action sans droit

٢ - توصف الدعوى بالوصف ذاته الذى يوصف به الحق الذى تحميه ، فتكون شخصية ان كان الحق كذلك وتكون عينية ان كان الحق عينيا ، وان كان الحق معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، فلا تصح المطالبة بحماية الحق قبل تحقق الشرط الواقف أو حلول الأجل .

٣ - لكل حق دعوى تحميه ، ولما كان الحق واحدا فلا تكون له الا دعوى واحدة لحمايته .

٤ - وحدة الموضوع فى كل من الدعوى والحق . فموضوع الدعوى هو ذاته موضوع الحق (٢٩) .

---

(٢٧) عبد الباسط جميعى - مبادىء المرافعات - سنة ١٩٨٠ ص ٣٠٦

(٢٨) جارسونيه وسيزار برى ص ٥٢٢ - ٥٢٩ ؛ فنسان وجنشار ، ص ٤٠ ؛ أبو هيف بند ٤٠١ ؛ عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٣٥ - ٣٩ .

(٢٩) أبو هيف - الاشارة السابقة . وانظر هذه النتائج فى محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٥٥٩ - ٥٦٠ بند ٥٣٦ . انظر عبد المنعم الشرقاوى - ص ٣٥ - ٣٩

٢٩٨ ـ نقد النظرية التقليدية :

اذا كانت هذه هى النظرية التقليدية ، الا أنها مع ذلك لم تسلم من النقد الذى وجهه اليها الفقه الحديث (٣٠) ، واليك أهم ما يوجه الى هذه النظرية من انتقادات :

١ ـ اختلاف الدعوى عن الحق الموضوعى :

لا نوافق على ما ذهبت اليه النظرية التقليدية من اعتبار الدعوى هى نفسها الحق الموضوعى ، حتى ولو كان فى حالة الحركة . اذ أن الحق يختلف عن الدعوى فى كثير من الأمور : فالحق ينشأ بناء على سبب من الأسباب القانونية المنشئة للحق بصفة عامة ، عقدا كان أو وعد عقد ، فى حين أن الحق فى الدعوى لا ينشأ بناء على سبب من هذه الأسباب وانما ينشأ دائما عند الاعتداء على الحق أو التهديد بالاعتداء عليه . أما قبل ذلك فلا تنشأ الدعوى ولا الحق فيها بالنسبة لصاحب الحق (٣١) . ومن ناحية أخرى فان مضمون الحق ذاته يختلف عن مضمون الحق فى الدعوى . فمضمون الحق يختلف باختلاف نوعه ،

Joly André, proceduse civile, T.I, (Cours élémentaire) 1969 p. 85 No 97.

(٣٠) أنظر فى هذه الانتقادات : فزيوز ـ دراسات ـ ص ٢٧ وما بعدها

Giasson et Tissier, Traité Théorique et pratique de procédure c'v.le, 30 ed. T.I, 1925 p. 442 - 443 No 183.

وجدى راغب ـ الخصومة المدنية ص ١١٠ . أحمد السيد صاوى ـ الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ج ١ ١٩٧٩ ص ٣٤ . رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ١٠٣ ـ ١٠٥ وقارن

Bonfils H. Traité élémentaire d'org. Judic., de Comp. et de procédure civile et Cimmerciale, paris 1885 p. 135 - 137 No 383 - 389

. عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٣٠٠ ـ ٣٠٣.

(٣١) أنظر عبد المنعم البدراوى ـ رسالة ـ أثر مضى المدة فى الالتزام ـ سنة ١٩٥٠ ص ٢٤٣ بند ٢٦٣ فتحى والى ـ ص ٦٣.

فالملكية تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف فى حين أن حق الدائنية لا يخول صاحبه الا الحصول على أداء معين من المدين . أما مضمون الدعوى فهو واحد لا يتغير ، وهو الحصول على حكم فى الموضوع أيا كان الحق الموضوعى المدعى به .

ومن ناحية ثالثة ، فاذا كانت الدعوى هى الحق ذاته فان ذلك يقتضى منطقيا أن يكون أشخاص الحق هم أنفسهم أشخاص الدعوى . وهذا ما لا يتحقق أحيانا . فحق الملكية هو حق لشخص معين قبل الكافة ، فالكل مطالب باحترام الملكية ما عدا المالك ، فى حين أن دعوى الملكية لا ترفع قبل هؤلاء الكافة ، وانما ترفع فحسب فى مواجهة من يعتدى على هذا الحق ، فردا كان أو أكثر . كما قد يكون المدعى فى دعوى من الدعاوى شخص آخر غير صاحب الحق ، مثل دعوى الدائن التى يرفعها للمطالبة بحق مدينه لدى الغير عن طريق الدعوى غير المباشرة .

واخيرا قد تختلف أسباب انقضاء الدعوى عن أسباب انقضاء الحق ، فالدعوى قد تنقضى ومع ذلك لا ينقضى معها الحق . مثل البطلان المطلق حيث يبقى الحق فى التمسك به بطريق الدفع قائما رغم سقوط الحق فى رفع دعوى به (٣٢) .

٢ ـ قد توجد الدعوى بغير حق ، كما قد يوجد الحق بغير دعوى :

ليس صحيحا أن الدعوى تدور مع الحق وجودا وعدما ، تقوم بقيامه وتزول بزواله . لأن القول بذلك يتعارض مع النظام القانونى الذى يسمح بوجود الدعوى بالرغم من عدم قيام الحق ، كما أنه يسمح بوجود الحق بالرغم من عدم قيام الدعوى . فالمشرع ينظم دعاوى الحيازة ، يحمى المشرع بها الحيازة لذاتها بغض النظر عن وجود

---

(٣٢) على اساس أن الدفوع لا تتقادم . ولا تسقط بمضى المدة ، على خلاف الدعاوى التى تنقضى بمضى المدة التى يحددها المشرع (عبد الباسط جميعى ـ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ . سوليس وبيرو ـ ج ١ بند ١٠٠ ص ١٠٠ ـ ١٠١ .

الحق أو عدم وجوده ، فالحائز يستطيع رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته بالرغم من أنه قد لا يدعى حقا بملكية العقار محل الحيازة ، وكذلك الدعوى السلبية ببراءة الذمة بالرغم من أن المدعى لم يوجه اليه ادعاء من الغير بحق فى ذمته . وفى المقابل قد يوجد الحق بغير دعوى تحميه ، فالملكية وهى حق موجود لا يمكن رفع دعوى بحمايته اذا لم يتعرض صاحبها للاعتداء على ملكيته ، وكذلك الدائن قبل حلول أجل الوفاء بالدين ، وكذلك للالتزام الطبيعى ، الذى يمثل حقا للدائن بلا شك ، ولكنه لا يستطيع اجبار المدين - لعدم وجود الدعوى - على الوفاء به . فهو حق بدليل أن المدين ان أوفى به عن بينة واختيار ، فانه لا يكون ستبرعا وبالتالى ليس له المطالبة برد ما أوفى به بدعوى أنه قد دفع غير المستحق عليه .

٣ - الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى :

ليس صحيحا أخيرا أن الحق تحميه دعوى واحدة ، فقد يوجد الحق ، ولكن يمكن حمايته بأكثر من دعوى . فحق الملكية يخول صاحبه رفع دعوى الاستحقاق ، وكذلك دعوى للمطالبة بتعويض عن الاضرار الناشئة عن الاعتداء على حق الملكية . وكذلك الاخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى يخول المتعاقد الآخر رفع دعوى للمطالبة بفسخ العقد ، أو بدعوى التنفيذ العينى للالتزام ، أو دعوى التعويض عن الاخلال بتنفيذ هذا الالتزام (٣٣) .

٢٩٩ - نظرية الازدواج - النظرية الحديثة : Théorie dissidente

لما كان من غير الممكن تلافى النقد الذى وجه الى النظرية التقليدية ، فقد انصرف أغلب الفقه الحديث عنها (٣٤) ، وقالوا بالرأى الآخر الذى

---

(٣٣) عبد المنعم البدراوى - الرسالة المشار اليها ص ٢٦٥ بند ٢٤٤

(٣٤) موريل - ص ٢٦ بند ٢٥ . فنسان بند ١٣ ص ٣٤ الذى يراها " L'action ccme un droit subjectif autonome ".

فنسان وجنشار ، بند ١٨ ، ص ٤١ ، سوليس وبيرو ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ . بروليارد جيرمان . المرجع السابق ص ٢٣ بند ٢٠ .

يعتبر الدعوى حقا مستقلا وقائما بذاته ومتميزا عن الحق الموضـــوعى . فاندماج الدعوى فى الحق ليس الا زعما لم يقم الدليل عليه ، وما هـــو الا وهم يكفى « لتبديده أن نتمثل دعوى كدعوى الصورية أو البطلان أو دعوى الفسخ وان نتساءل عن الحق الذى تحميه هذه الدعاوى .. وماذا يمكن أن يسمى هذا الحق .. وهى دعاوى لا سبيل الى تجاهلها

=

اما بالنسبة للفقه الايطالى . فقد القى مؤسس المدرسة الايطاليـــة الحديثة كيوفندا محاضرة فى جامعة بولونيا سنة ١٩٠٣ بعنوان الدعوى كاحدى الحقوق " L'azione nel Sistema dei diritti, Saggi di diritto processuale civile 1930, I. p. 3 e seg. منشورة فى

والتى اعتبرت هذه المحاضرة اعلانا بميلاد المدرسة الايطالية الاجرائية الحديثة " Ato di nascita la moderna scuola processuale italiana ".

انظر : Liebman, l'azion nalla Teoria del processo civile, in " probleme del processo, 1962 p. 25 - Costa Sergio, Manuale di diritto processuale civile, Utet, 1973 p. 10 - 11 ".

وفى هذه المحاضرة اكد كيوفندا على أن الدعوى سلطة قانونية مســـتقلة Potere giuridico autonomo تدخل ضمن طائفة الحقوق الارادية diritti potestativi وذلك على عكس ما كان سائدا من أن الدعوى عنصر من عناصر الحق elemento del diritto soggettivo

أنظر فى عرض نظرية كيوفندا ـ ليبمان مقالة ـ المشار اليها ص ٢٥ وما بعدها . كوستا . المرافعات ص ١١ ، ١٢)

وقد أيد العديد من رجال الفقه الايطالى فكرة استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى مثل (كوستا ـ بند ٨

Micheli Gan Antonio, Corso di diritto procssuale civile, I. p. 15 No 4.

Redenti Enrico, diritto processuale civile, Giuffré, 1957, I. p. 45 - 60 No 9 - 13, أوجوروكو ـ مطول ج ١ بند ٦ ص ٢٤٩ ـ ٢٥١

Carnelutti F., Trattato - Diritto e processo, 1958 p. 110 - 111.

فتحى والى ـ الوسيط ص ٥٨ . وجدى راغب ـ الخصومة المدنيـــة ص ١١٢ وما بعدها . محمد حامد فهمى ص ٣٥٥ . رمزى سيف الوسيط ـ الاشارة السابقة ..

أو انكارها ، ومع ذلك لا يمكن تحديد حق معين تستند اليه أو تمتزج به أو تندمج فيه » (٣٥) .

ـ واذا كان أنصار هذه النظرية قد اعتبروا من الدعوى حقـــا مستقلا عن الحق الموضوعى ومتميزا عنه ، فانهم اختلفوا فيما بينهم فى تحديد أشخاص هذا الحق . وبعبارة أدق فى تحديد الطرف السلبى فى هذا الحق ، فهل هو الدولة ، أم الشخص الآخر الذى اعتدى على الحق أو هدد بالاعتداء عليه .

ـ فقد ذهب البعض الى أن الدعوى حق يثبت للشخص فى مواجهة الدولة ، لانها ملزمة ـ وقد منعت الفرد من اقتضاء حقه بوســائله ـ باجابة الطلب المقدم اليها . فحق الدعوى اذن المقرر للفرد يقابله واجب يقع على الدولة (٣٦) . وان كان البعض يرى أن الملتزم باداء هـــذا الواجب هو القاضى وليس الدولة ، فالقاضى هو الملتزم قبل الخصـــوم فى أداء هذا النشاط الاجرائى (٣٧) .

---

(٣٥) عبد الباسط جميعى ـ مبادىء المرافعات ص ٣٠٠ . انظر فى عرض هذه النظرية لاكوست ـ موجز بند ٣٦ ص ٢٣ ـ ٢٤

(٣٦) وفى ذلك يقرر اوجوروكو . أن التزام الدولة فى هذا الخصوص يعد التزاما من التزامات القانون العام

L'obbligo della giurisdizione civile, dello stato é un obbfligazione di diritto **Pubblico.**

وذلك المقالة لحق الدعوى الذى يكون للأفراد

Un diritto subbiettivo pubblico individuale

يطلق عليه diritto civico . مطول ص ٣٤١ ج ١ . ص ٢٤٩ بند ٦ .

(٣٧) كارنيلوتى ـ مطول ج ١ ص ١١١ ـ ١١٢ بند ٦٤ ، الذى يؤكد استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى ، فقد يكون للشخص دعوى بالرغم من انه ليس صاحب الحق الموضوعى . والطرف السلبى فى هذا الحق هـــو القاضى أو الموظف الذى يجب أن يؤدى نشاطا اجرائيا . مع ملاحظة أن البعض قد رأى أن القاضى ملتزم بأداء واجبه ، لأن القانون يلزمه بذلك ، ولا يقابل هذا الالتزام اى حق شخصى (وجيز المبادىء العامة ج ٣ ص ١٥ وما بعدها . روجى القانون الدستورى ج ١ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١) .

- وذهب البعض الآخر (٣٨) الى أن الدعوى حق ذاتى يثبت فى مواجهة من توجه اليه الدعوى ، اى المعتدى على الحق أو المركز القانونى المدعى ، أى الطرف السلبى فى الدعوى لان المشرع لا يلزم باداء شيء ازاء هذا الحق ، وانما يكون فحسب فى حالة خضـــوع Soggizione للاثار القانونية التى يرتبها هذا الحق ، الذى يعتبر حقا اراديا يخـول صاحبه احداث تغيير معين طالما كان ذلك فى حدود القانون . ولا شـك أن هذا التصوير الأخير هو الأقرب الى المنطق القانونى ، فالحق أيا كان لابد أن يقابله واجب ، لأن الحق يفترض تعارض المصالح . ولا يمكن ان يوجد تعارض بين مصلحة الفرد (المدعى) مع مصلحة الدولـــة . فالدولة ليست خصما ، حتى تلتزم بأداء معين فالحماية القضائية انمـــا تحقق مصلحة كل من الدولة والمدعى المعتدى عليه . ولهذا فان الدعوى حق مستقل وقائم بذاته للشخص فى مواجهة من يعتدى على الحق المدعى بحمايته .

٢ - ومن ناحية ثانية فقد اختلف أنصار استقلال الحق فى الدعوى فى تحديد مضمون هذا الحق . ويمكن حصر هذا الاختلاف فى رأيين :

الرأى الاول : الدعوى هى الحق فى الحصول على الحماية القضائية :

يذهب جانب من الفقه الحديث (٣٩) الى القول بأن الدعوى هى حق الحصول على حماية القضاء ، فهى حق شخص فى مواجهة شـخص

---

(٣٨) وفى ذلك يقول كيوفندا

" L'azion é un potere che spe.ta di fronte all, avversario rispetto a cui produce L'effetto giuridico della attuazione della legge. L'avversario non é tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere, egli é Semplicemente Soggetto ad esso Principii, op. cit, p. 46.

فتحى والى - الوسيط - ص ٥٨ بنه ٢٧ .

(٣٩) كيوفندا - مبادىء ص ٤٣ وما بعدها . كوستا - ص ١٣ بند ١٠ وقارن ميكيلى محاضرات ج ١ ص ١١ وما بعدها .

فتحى والى - الوسيط ص ٥٨ ؛ محمد حامد فهمى ص ٣٥٥ . كما =

آخر مضمونه الحصول على تطبيق القانون فى حالة محددة ، ومنح المدعى الحماية القضائية ، كما أنها هى التى تحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعى ، وهى التى تتفق مع نظرية الدعوى فى القانون الرومانى والتى مؤداها أن الدعوى Actio هى الوسيلة التى يحصل بها الشخص على اشباع مصلحته فى الشكل الذى ينظمه المشرع . وعندما يكون للشخص هذا الحق فان معنى ذلك أن له حق فى الحصول على حكم قضائى لصالحه (٤٠) .

ولكن هذا الرأى - رغم وجاهته - يعود ليربط بين الدعوى والحق الموضوعى ، بعد اعترف باستقلالها عنه لانه يعلق وجود الحق فى الدعوى على نجاحها وصدور الحكم فى صالح رافعها (٤١) . وهذا القول من شانه العودة الى فكرة ان الدعوى هى توأم الحق ، لا تقوم الا بقيامه ، ومن ثم فتتعرض للانتقادات التى تم توجيهها الى

=

ذهب الى ذلك اغلب الفقه المصرى . قارن أحمد ابو الوفا بند ٩٤ ص ١٠١ الذى يردد « ان الدعوى ليست هى ذات الحق الذى تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لا يتجزأ من الحق .. ولا يتصور لها وجود ان لم تستند اليه » وكذلك عبد المنعم الشرقاوى - رسالة - بند ٣٤ ، ٣٥ ص ٣٥ . عد الفتاح السيد - الوجيز ص ٣٠٦ - ٣٠٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٥٣٦

(٤٠) فتحى والى - ص ٥٨ - ٥٩ وانظر ذلك فى ليبمان - موجز ج ١ ص ٣٢ وما بعدها بند ١٢ . كوستا بند ١٠ . الذى يرى ان ما انتهى اليه كيوفندا (من اعتبار الدعوى حق للمدعى فى الحصول على حكم لصالحه) هو الأقرب الى حقيقة الاشياء

" La concezione Chiovendiana dell'azione (come diri to di colui che ha ragione ad ottenere un provvedimento favorevoli), sembra oggi la piu aderent alla **realta** ".

(٤١) لأنهم يجعلون من وجود الحق شرطا من شروط الدعوى (انظر فتحى والى - الوسيط ص ٦٩ بند ٣٣ . محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ ص ٥٣٦ . عبد الفتاح السيد - الوجيز ص ٣٠٦ - ٣٠٧ . عبد المنعم الشرقاوى - رسالة والذى يرى أن الحق شرط لوجود الدعوى أما المصلحة فلقبولها . ص ٢٤ . بروليارد جيرمان - المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها جابيو - المرجع السابق ص ٥٢ بند ٦١

النظرية التقليدية . ومن ناحية أخرى فان هذا القول يخلط بين الغاية التى يستهدفها المدعى من دعواه ، وبين وسيلة تحقيق هذه الغاية (٤٢) . كما أن هذا القول يؤدى الى نتيجة يصعب التسليم بها ، وهى أن الدعوى لا تكون مقبولة الا اذا كان المدعى صاحب حق ، أى محقا فى دعواه ، وهذا لا يتأتى الا بعد مباشرة الدعوى والفصل فى موضوعها بعد توافر شرائط قبولها ابتداء . وبذلك يتضمن هذا الرأى مصادرة على المطلوب .

الرأى الثانى الدعوى سلطة الحصول على حكم فى الموضوع :

ذهب رأى ثان (٤٣) فى الفقه الحديث الى القول بان الدعوى حق اجرائى ، أو سلطة اجرائية للحصول على حكم قضائى فى الموضوع ، ويؤكد هذا على استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى ، محتفظا فى

---

(٤٢) انظر ابراهيم سعد - ص ١٢٨ . وجدى راغب - الخصومة ص ١١١ - ١١٢ وانظر فى الرد على هذا النقد - فتحى والى - الوسيط ص ٦٠ هامش (١) .

(٤٣) بتى - الادعاء والدعوى - مقالة - مشار اليها ص ٢١٨ - ٢٢٣ ليبمان - موجز ج ١ ص ٣٧ ، ويقرر أن الدعوى حقيقية هى حق الحصول على حكم فى الموضوع

" L'azione é propriamente il diritto al giudizio sul merito ".

اى هى مجرد وسيلة معالجة الحماية وليست الحماية ذاتها .

al mezzo che deve procurare la tutela, non alla Tutela stessa .

ميكيلى - ج ١ ص ١٧ بند ٥ سوليس وبيرو - ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ ص ٩٦ - ٩٧ . ويقرر فى موضع آخر ان وجود الحق ليس شرطا لقبول الطلب (الدعوى)

" L'exis ence d'un droit n'est pas une condition de recevabilité de la demande " p. 195 No 221.

وانظر نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد سنة ١٩٧٥ . وانظر كورنى وفوييه ص ٢٧٥ .

وانظر فى عرض هذا الرأى وتأييده - جدى راغب - رسالة ص ٤٧٥ وما بعدها . الخصومة المدنية ص ١١٣ وما بعدها . ابراهيم سعد ص ١٢٨ محمد عبد الخالق عمر - فكرة عدم القبول فى القانون القضائى الخاص - بالفرنسية ص ٩١ بند ١٨٩ .

الوقت ذاته بالتمييز القائم بين حق الدعوى وحق التقاضى . فالدعوى حق قائم بذاته ، حق للمدعى فى أن يعرض ادعاءه على القضاء ، طالبا الحكم فى موضوع هذا الادعاء ، سواء كان فى صالحه أو فى غير صالحه ، وحيث ان الادعاء يكون بحق أو مركز قانونى ، فان المشرع لا يعترف بحق الدعوى الا لصاحب الصفة بالنسبة للحق أو المركز الذى يحميه المشرع ، وسواء بعد ذلك أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو المركز القانونى بالفعل أم لا . اذ أن ذلك لا يثبت الا بعد الفصل فى الموضوع . وتكون الدعوى مقبولة اذا توافرت فيها الشرائط المقررة لقبولها ، والتى ليس من بينها وجود الحق الموضوعى ، والذى يؤدى تخلفه الى عدم قبول الدعوى .

وهكذا يربط أنصار هذا الرأى بين حق الدعوى باعتباره حقا اجرائيا قائما بذاته ومستقلا عن الحق الموضوعى ، وبين مسألة قبول الدعوى ، وهى ولا شك مسألة سابقة على الفصل فى موضوع الدعوى . ومتى حكم القضاء بقبول الدعوى ، فانه بذلك يكون قد أكد حق الدعوى بالنسبة للمدعى ، أى أكد حقه فى أن تنظر دعواه ، وبالتالى حقه فى أن يصدر حكم فى موضوعها ، على أن ذلك لا يعنى ضرورة أن يكون الحكم فى صالحه فقد يصدر الحكم فى غير مصلحته بالرغم من سبق تأكيد القضاء لحقه فى الدعوى . وهذا دليل أكيد على عدم ارتباط الدعوى بالحق الموضوعى . أما اذا لم تتوافر شروط قبول الدعوى ، فلا ينشأ للمدعى حق فى الدعوى ، أى حقه فى أن تنظر دعواه من القضاء ليحصل على حكم فى موضوعها .

ولا شك أن هذا الرأى هو الجدير بالتأييد فى رأينا ، نظرا لابرازه الجانب الاجرائى فى الدعوى ، واتفاقه مع التنظيم القانونى للدعوى الوارد فى القانون المنظم للتقاضى وهو (قانون المرافعات) . وتأكيده على استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى .

المبحث الثـــانى

تمييز حق الدعوى وخصائصه

المطلب الاول

تمييز حـق الدعـوى

٣٠٠ - تمييز الدعوى عما يختلط بها :

قد يقع الخلط بين الدعوى وحق التقاضى ، أو بين الدعوى وبين المطالبة القضائية ، كما يقع الخلط بينها وبين الخصومة . ويهمنا التفرقة بين هذه المصطلحات على التفصيل الآتى :

١ - الدعوى وحق التقاضى :

عرفنا أن المشرع الدستورى يعترف للأفراد دون تمييز بينهم بحق الالتجاء الى القضاء طلبا لحمايته ، وذلك بعد أن تكفلت الدولة الحديثة باقامة العدل بين مواطنيها ، وتسيير نظامها القانونى ، فتنص المادة ٦٨ من الدستور على أن « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن الحق فى الالتجاء الى قاضيه الطبيعى » . يتضح أن حق التقاضى droit d'agire يعد حقا من الحقوق العامة يعترف به القانون للكافة ، وهو بهذه المثابة لا يجوز التنازل عنه ولا يكون محلا للانقضاء بأى سبب من الاسباب . أما حق الدعوى فهو كما رأينا ليس حقا عاما ، وانما مجرد سلطة اجرائية ، أى حق شخصى لا يثبت للكافة وانما لشخص محدد هو من قامت به الحاجة الى حماية القضاء ، أى الشخص صاحب الصفة فى الحق أو المركز المدعى باعتداء عليه ، وهو لذلك يقبل التنازل عن هذا الحق كما أنه يكون محلا للانقضاء بسبب من الأسباب التى ينص عليها المشرع (٤٤) .

---

(٤٤) انظر فى هذه التفرقة - فتحى والى - ص ٦٠ . ابراهيم سعد - ص ١٣٧ - وجدى راغب - الخصومة ص ١١٣ . عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ١٧ أحمد أبو الوفا بند ٩٧ . جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٤١٥

٢ ـ الدعوى والمطالبة القضائية :

تتميز الدعوى ثانيا عن المطالبة القضائية ، فى أن الدعوى حق ، أما المطالبة القضائية فهى الوسيلة القانونية لرفع الدعوى الى القضاء ، أى الاجراء الذى تقدم به الدعوى الى المحكمة . وهى عبارة عن ايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة وفقا للقانون ، وتكون الدعوى هـى موضوع هذه المطالبة ، فالمطالبة القضائية تمثل العمل الذى يتم بـه اعلان رغبة صاحب الحق فى الدعوى فى الحصـول على حكم فـى الموضوع . وأساس المطالبة القضائية هو حق التقاضى (٤٥) ، الذى يعد رخصة للكافة ، فيجوز اذن ـ اعمالا لها ـ لأى شخص أن يقوم بالمطالبة القضائية ويلتزم القضاء بالحكم والاجابة على هذا الطلب .

وبذلك نجد أن المشرع يضع شروطا قانونية لصحة هذه المطالبـة يجب توافرها والا كانت باطلة ، مثل ضرورة أن تقدم من شخص كامل الأهلية الاجرائية ، وأن تستوفى هذه المطالبة البيانات التى يتطلبهـا القانون بينما يحدد المشروع شروطا لا لصحة الدعوى ، وانما لقبولها أمام القضاء مثل شرط المصلحة . واذا ما تخلف شرط أو بيـان مـن الشروط أو البيانات الواجب توافرها فى المطالبة ، كانت هذه المطالبـة باطلة ويمكن التمسك ببطلانها عن طريق الدفع بالبطلان وهو دفـع اجرائى يجب ـ كقاعدة ـ تقديمه قبل الكلام فى موضوع الدعـوى أو ابداء الدفع بعدم القبول . فى حين يرتب المشرع جزاء آخر على تخلف شرط من شرائط قبول الدعوى ، يتمثل فى عدم قبولها ، أى عدم قيام حق المدعى فى أن يحصل على حكم من القضاء فى الموضـوع ، ويمكن

---

(٤٥) فتحى والى ـ الوسيط ص ٦٥ . وجدى راغب ـ ص ١٠٧ ـ ١٠٨ الخصمة . ابراهيم نجيب ـ ص ١٣٥ وما بعدها . وجدى راغب ـ الاشارة السابقة ـ قارن ابراهيم نجيب الذى يرى أن المطالبة هى العمل « الذى يباشر به الشخص حسب الأحوال حقه فى الدعوى أو حقه فى الالتجاء الى القضاء . ويكون لمباشرة حق الدعوى اذا كان يستند على حق ، ويكون مباشرة لحق الالتجاء الى القضاء اذا ظهر أن مقدمه لم يستند على حق فى ادعائه » ص ١٣٥ ـ ١٣٧ ـ ١٣٨ .

الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، فهـــو لا يسقط مثل الدفع بالبطلان بالكلام فى الموضوع .

ومن ناحية أخرى فان حق الدعوى يوجد بلا شك قبل وجــــود الطلب (٤٦) ، فالطلب كعمل قانونى ، باعتباره اعلانا عن ارادة (٤٧) مقدمه لا يقوم الا بتقديمه واتخاذه الشكل الـــذى يتطلب المشرع وروده فيه ، كما أن الطلب قد ينقضى لأى سبب من الأسباب كما لو لم يرد فى الشكل المطلوب أو تركه مقدمه ومع ذلك يبقى الحق فى الدعوى قائما .

ولكل ما تقدم فاننا لا نذهب مع من ذهب الى القول بأن الدعوى هى الطلب القضائى ، لأن القول بذلك يؤدى الى نتيجة منطقية يصعب التسليم بها ، وهى أن كل طلب قضائى صحيح يتضمن دعوى مقبولة ، مع ان هذا قد لا يصدق ، اذ أن هناك حالات كثيرة يكون فيها الطلب صحيحا مستوفيا لعناصره ومقتضياته المطلوبة ومع ذلك يتضمن دعوى غير مقبولة لعدم توافر شروط الحق فيها ، ويصدر القاضى حكما بعـــدم قبولها لذلك .

ونخلص اذن أن المطالبة القضائية هى الوسيلة التى يتم بها رفـــع الدعوى الى القضاء ، كما أنها الوسيلة التى يباشر بها الشخص حقه فى الالتجاء الى القضاء سواء كان صاحب الحق فى الدعوى أو لم يكن كذلك . فهى اذن تعد استعمالا لحق الالتجاء الى القضاء (٤٨) وليست كما قيل استعمالا للحق فى الدعوى فحسب (٤٩) .

---

(٤٦) فتحى والى – الوسيط – ص ٦٥ . زانزوكى جـ ١ ص ٦٤ ، بنـــد ٥٦ .

(٤٧) زانزوكى – جـ ١ ص ٦٤ بند ٥٦ .

(٤٨) سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٠٩ ص ١٠٩ فتحى والى – الوسيط ص ٦٦ وجدى راغب – مبادىء الخصومة المدنية ص ١٠٧ .

(٤٩) Carnelutti S. " Sistema del diritto processuale civile, Padova V. II, 1938, p. 77.

٣ ـ الدعوى والخصومة :

رأبنا فيما سبق أن الدعوى تستعمل أحيانا بمعنى الخصـــــومة Instaence ولكن هذا الاستعمال من شأنه الخلط بين الأشياء بلا مبرر ، وبلا منطق ، اذ أن الدعوى هى كما رأينا حق أو سلطة فى الحصول على حكم فى الموضوع المدعى به ، بينما الخصومة ، ليست حقا ، وانما تعد شكلا عاما للعمل القضائى ، فهى مجموعة الاجراءات القضائية التـــى يقوم بها الخصوم ، والقاضى وأعوانه للوصول الى الاجراء الختـــامى لها المستهدف من الحق فى الدعوى وهو الحكم فى الموضوع . وتبـــدأ الخصومة بأول اجراء فيها وهو المطالبة القضائية demarde on justice وتنتهى بصدور حكم فى موضوعها gugement ، أو قبل الوصول لهذا الحكم لأى سبب من الأسباب التى ينص عليها المشرع . ويترتب على هذا التمييز أن الخصومة قد تزول وتنقضى لأى سبب من الأسباب ، وتظـــل الدعوى مع ذلك قائمة لا تتأثر بزوال أو بانقضاء الخصومة ، وبالتالى يكون لصاحب الحق فى الدعوى رفع دعواه من جديد وباجراءات جديدة للمطالبة بما يدعيه .

المطلب الثـــانى

خصائص الحق فى الدعوى

Caractères de l'action en justice

٢٠١ ـ تعداد هذه الخصائص :

بعد أن ميزنا بين حق الدعوى وغيره من المصطلحات الأخرى ، وبعد أن انتهينا الى أنه حق شخصى يثبت لشخص معين يخوله الحصول على حكم فى موضوع ما يدعيه ، فانه لا شك باعتباره كذلك يتمتـــع بخصائص الحق الشخصى فى عمومها (٥٠) وبما ان الحقوق الشخصية

---

(٥٠) " Dal concepire l'azione come diritto si deriva che le siano applicabile. molti altre regole relative ai diritti Soggettivi in generale ". Redenti E. Dir. Proc Civ. I 1957, p. 74 N. 17.

يمكن التصرف فيها والتنازل عنها واستعمالها ، كما أنها تكون قابلة للانقضاء . فان الدعوى اذن تتمتع بهذه الخصائص أيضا (٥١) . ونبين فيما يلى هذه الخصائص :

١ ـ الدعوى حق وليست واجبا : Caractère facultatif

اذا كانت الدعوى حق لفرد معين ، تتيح له الحصول على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه ، فانها بذلك تكون رخصة له وليست واجبا عليه . وبالتالى تكون له الحرية فى مباشرتها ، واستخدام هذا الحق ، وله أن يتركه ولا يجبر على مباشرتها (٥٢) .

فقد يتراءى لصاحب الدعوى أن يتركها ولا يباشرها نتيجة لاعتبارات أخرى ، يقدرها هو بنفسه ، اما تجنبا لاضاعة الوقت فى المحاكم ، أو تحمله لمصروفات التقاضى وغيرها والتى قد لا يقدر عليها . واما لاتفاقه مع المدعى عليه على وسيلة أخرى يحصل بها منه على حقه .

ولا نوافق الفقيه الالمانى اهرنج IHERING ، لذلك على ما ذهب اليه فى كتابة la lutte pour le droit (٥٣) ، من أن الدعوى يجب استعمالها كلما وقع اعتداء على حقه . اذ أن الاعتداء على الحق انما ينشىء الحق فى الدعوى للدفاع عنه ، وليس هذا الحق مجرد رخصة وانما واجب devoir يقع عليه حماية لنفسه ، لأن فى ذلك حماية

= " L'azione come diritto autonomo ha le caratteristiche proprie dei diritti ". Costa, op. cit., p. 15 no 12.

Chiovenda G., Istituzioni di diritto processuale civile, V.I, Jovene 1960 No 8 p. 24 e seg.

(٥١) أنظر فى ذلك . ردنتى ــ ص ٧٤ وما بعدها . كوستا ــ الاشارة السابقة كيوفندا نظم جـ ١ ص ٢٤ وما بعدها . سوليس وبيرو ــ جـ ١ ص ١١٠ وما بعدها بند ١١١ وما بعده . فتحى والى ــ الوسيط ص ٦٦ وما بعدها . ابراهيم سعد ص ١٤١ وما بعدها .

(٥٢) " le titulaire d'une action n'a pas l'oppiigation de l'exercer effectivement ". سوليس وبيرو ــ جـ ١ ص ١١٠ بند ١١٢

(٥٣) مشار اليه فى سوليس وبيرو ــ جـ ١ بند ١١٣ ص ١١١

للمجتمع ونظامه القانونى . اذ أن حماية المجتمع وتأكيد احترام القانون لا يكون فى نظر أهرنج - الا بحرص الأفراد على حماية حقوقهم .

وان كانت فكرة هذا الفقيه تعد فكرة مثالية من حيث المبدأ ، الا أنه يصعب تحقيقها فى الواقع الفعلى ، فالأخذ بها يقتضى نظاما قضائيا محكم الوضع ، يصل عن طريقه صاحب الحق الى حقه بغير كلفة أو مشقه كما أنها تفترض أن الحكم القضائى سيكون صحيحا من حيث الشكل ، عادلا من حيث الموضوع . وهذا ولا شك حد من الكمال لم يصل اليه بعد نظام من النظم القضائية . اذ أن كثيرا ما تخلف المنازعات القضائية وراءها الأحقاد والضغائن بين الناس . فضلا عن أن الفرد عندما يباشر حق الدعوى ، فهو لا يباشره دفاعا عن المجتمع ، وانما دفاعا عن حقه ومصلحته الخاصة ، وهو أقدر من غيره على تقدير هذه المصلحة ، فقد يرى أن مصلحته تقتضى ترك الدعوى ، وصولا الى صلح مع الطرف الآخر تجنبا لاجراءات التقاضى المطولة وعدم تحمله لمصاريفها (٥٤) .

٢ - الدعوى حق قابل للتنازل عنه : diritto disponibile

والدعوى باعتبارها حقا ذاتيا ، فانها بهذه المثابة تكون قابلة للتنازل عنها ، وعادة ما يقترن التنازل عن الدعوى بالتنازل عن الحق الموضوعى . ولكن هذا لا يعنى أن الدعوى لا يمكن التنازل عنها الا بالتنازل عن الحق الموضوعى ، فهذا لا يستقيم مع اعتبار الدعوى حقا قائما بذاته ، ومستقلا عن الحق الموضوعى . ولذلك من الممكن أن يتم التنازل عن الدعوى دون التنازل عن الحق الموضوعى ، ويكون ذلك فى الحالات التى يكون للفرد صاحب الحق الخيار بين أكثر من دعوى ، فيقوم بمباشرة واحدة منها دون الأخرى ، ويكون باختياره دعوى معينة متنازلا عن الدعوى الأخرى دون التنازل عن الحق الموضوعى . فلو كان لشخص أن يرفع دعوى بفسخ العقد لعدم تنفيذه ، ثم رفعها ، فليس له بعد ذلك أن يرفع دعوى مطالبة بتنفيذه ، التى كان قد تنازل عنها باختياره دعوى الفسخ (٥٥) .

---

(٥٤) أنظر فى نقد فكرة أهرنج . فتحى والى - الوسيط ص ٦٧ بند ٢١ ابراهيم سعد ص ١٤٢ - ١٤٤

(٥٥) أنظر كوستا - موجز - بند ١٢ ص ١٥ - ردنتى ص ٧٤ - ٧٥ بند ١٧ .

٣ ـ الدعوى قابلة للحوالة : diritto trasferibile

تكون الدعوى ـ باعتبارها حقا ـ قابلة للحوالة بين الأشخاص ، أى ينتقل الحق فيها الى غير صاحبها الأول ، ويكون ذلك تبعا لحوالة الحق الذى تحميه هذه الدعوى ، فاذا قام صاحب الحق الموضوعى ـ على فرض وجوده ـ بحوالته الى الغير ، فان الدعوى تنتقل فى هذه الحالة الى المحال اليه ، لأن الأخير قد أصبح صاحب الصفة فى الحق الموضوعى المحال . كما أن الدعوى تنتقل الى الخلف العام وكذلك الى الخلف الخاص بانتقال الحق (٥٦) .

٤ ـ قابلية الدعوى للانقضاء : Diritto prescrittible

واذا ما كانت الدعوى لها ذات خصائص الحقوق ، فانها تكون محلا للانقضاء بالتقادم ، فالدعوى كأى حق شخصى يلزم مباشرتها خلال فترة محددة . فاذا رفعها صاحب الحق بعد انقضاء هذه الفترة ، فيكون للمدعى أن يدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم . وتجدر الملاحظة فى هذا الصدد ، بأن المشرع عندما ينظم تقادم الحقوق ، وانقضائها بالتقادم ، فان الذى يتقادم فى الواقع هو حق الدعوى بالنسبة لهذه الحقوق وليست الحقوق ذاتها ، ودليل ذلك أن مدة التقادم لا تبدأ كقاعدة من وقت نشوء الحق الموضوعى وانما تبدأ من تاريخ نشأة الحق فى الدعوى أى من تاريخ الاعتداء على الحق أو الاخلال بالالتزام (٥٧) .

---

(٥٦) أنظر فى تفاصيل ذلك ردنتى ج ١ بند ١٩ ص ٧٩ ـ ٨٣ . كوستا ـ موجز بند ١٢ ص ١٥ .

(٥٧) انظر دراسة تفصيلية فى ذلك رسالة الدكتور عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة ـ المشار اليها بند ٢٦٨ ص ٢٤٦ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٦٨ . قارن محمود جمال الدين زكى . نظرية الالتزام ـ ج ٢ ـ ١٩٦٧ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢ بند ٢٤٦ . اسماعيل غانم ـ فى النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الثانى ١٩٦٧ ص ٤٣٢ وما بعدها بند ٢٧٣ .

وانظر كوستا ص ١٦ بند ١٢ . ردنتى بند ٢٠ ص ٨٣ وما بعدها . كيوفندا ـ نظم ج ١ ص ٢٥ ـ ٢٦ .

المبحث الثـــالث

عناصر الدعوى القضائية

E'lementi dell'azione

٣٠٢ - تمهيـــد :

انتهينا الى أن الدعوى القضائية تعتبر حقا مستقلا قائما بذاته ، فهى والأمر كذلك تتكون من عناصر معينة ، مثلها فى ذلك مثل سائر الحقوق ، اذ لابد قائمة بين أشخاص معينين ، ومحل ترد عليه ، وسبب تستند اليه . ولهذا كان واجبا علينا أن نحدد هذه العناصر بالنسبة للدعوى ، لأن هذا التحديد يعتبر لازما لتطبيق الكثير من قواعـــــد القانون . وأن نبين قبل ذلك أهمية تحديد عناصر الدعوى ، وذلك على التفصيل الآتى :

المطلب الأول

أهمية تحديد عناصر الدعوى

٣٠٣ - رأينا أن تحديد عناصر الدعوى يعتبر لازما لتطبيق العديد من قواعد القانون ، اذ لو اتحدت دعويان فى عناصرهما كنا أمام دعوى واحدة ، لا دعويين ، أما اذا اختلفت دعويان فى عناصرهما - كلها أو بعضها ، كنا أمام دعويين لا دعوى واحدة . وكثير من قواعد القانون يتوقف تطبيقها على تحديد ما اذا كنا بصدد دعوى واحدة أم أكثر من دعوى (٥٨) وتظهر أهمية هذا التحديد فيما يلى :

---

(٥٨) أنظر فتحى والى - الوسيط - ص ٨٣ بند ٣٩ . وجدى راغب - الخصومة - ص ١٠٤ وفى هذا يقول كيوفندا :

" la identificazione delle azioni comprende il complesso dei criterii per cui un'azione confrontata con un'altra ci r'conosce idcn ica o diversa" Principii op. cit. p. 278 no 12. V. cit. no (2).

ويرى أن هذا التحديد لا يكون الا عندما تمارس الدعوى . وبما أن الدعوى تمارس عن طريق الطلب القضائى ، فان تحديد عناصر الدعوى هو تحديد لعناصر الطلب القضائى ذاته (ص ٢٧٩) .

١ ـ تقييد القاضى بعناصر الدعوى :

من المبادىء الأصولية المستقر عليها فى علم القانون ، أن القاضى يتقيد فى حكمه بالدعوى المرفوعة أمامه ، فليس له أن ينظر فى دعوى لم ترفع اليه ، ولا أن يقضى بشىء لم يطلب منه القضاء فيه ، ولا بأزيد مما طلبه الخصوم ، وان فعل ذلك كان حكمه معيبا ، وقابلا للطعن فيه بالتماس اعادة النظر (م ٥/٢٤١ مرافعات) . وسبيل معرفة ما اذا كان القاضى قد تجاوز سلطاته أم لا هو تحديد عناصر الدعوى المرفوعة اليه ، فهذا التحديد هو الذى يحدد معالم الدعوى أمامه .

٢ ـ لا يجوز أن تقوم خصومتان متعاصرتان فى دعوى واحدة (٥٩):

متى رفعت الدعوى الى القضاء ، تنشأ خصومة قضائية بين أطراف الدعوى ، وصولا الى حكم فى موضوعها ، ويمنع المشرع ـ قيام خصومتان متعاصرتان عن دعوى واحدة ، وذلك منعا لاحتمال صدور أحكام متعارضة ، بشأن موضوع واحد ، وحرصا على وقت القضاء ، وعدم تكبيد الخصوم مشقة الحضور أمام محكمتين مختلفتين وعدم تحملهما مصروفات مزدوجة بشأن دعوى واحدة رفعت مرتين ، وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى أمام محكمة من المحاكم ، فلا يجوز رفع الدعوى نفسها أمام القضاء مرة أخرى ، سواء أمام المحكمة الأولى أو أمام محكمة أخرى . واذا حدث ذلك ، فان المشرع قد حدد وسيلة علاج هذا الوضع ، اما عن طريق ضم الدعوى الجديدة الى الدعوى السابقة (اذا كانت الدعويان أمام محكمة واحدة) ، أو احالة الدعوى الثانية بناء على دفع ـ الى المحكمة المرفوع اليها الدعوى السابقة اذا كانت الدعويان مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين (م ١١٢ مرافعات) . وان تحديد عناصر الدعوى هو وسيلتنا فى التأكد من وحدة الدعوى فى الخصومتين أو اختلافهما .

---

(٥٩) " non possono prenedere contemporaneamente due processi sulla stessa domanda ". (Chiovenda. principii op. cit. p. 279.

٣ - لا يجوز أن يصدر حكمان قضائيان فى دعوى واحدة (٦٠) :

يرتبط بما تقدم ، أنه لا يجوز أن يصدر حكمان قضائيان فى دعوى واحدة ، فاذا صدر حكم قضائى فى دعوى ، فان ذلك يعتبر مانعا قانونيا من اصدار حكم آخر فى الدعوى نفسها فى درجة التقاضى ذاتها التى صدر فيها الحكم الأول ، وذلك احتراما لحجية الأمر المقضى التى حازها الحكم الأول ، ويتم ذلك عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى الثانية لسبق الفصل فيها ، وسواء بعد ذلك رفعت الدعوى الثانية أمام المحكمة نفسها التى أصدرت الحكم الأول ، أو أمام أية محكمة أخرى . وعلى المحكمة الثانية أن تقضى بعدم قبول الدعوى الثانية لسبق الفصل فيها من تلقاء نفسها . ويلاحظ أن حجية الحكم cosa giudicata ، انما هى حجية نسبية ، لا تكون الا بالنسبة للدعوى التى صدر فيها الحكم ، خصوما وموضوعا وسببا ، فان اختلفت الدعوى الثانية فى عنصر من عناصرها مع الدعوى الأولى ، فان الحكم الصادر فى الأولى لا يمنع المحكمة من الحكم فى الدعوى الثانية .

٤ - تتحدد خصومة الاستئناف بعناصر الدعوى :

ينظم المشرع طرقا محددة لمراجعة الأحكام القضائية ، ومن هذه الطرق الطعن بالاستئناف appello . الذى يرفع عن الأحكام الصادرة فى الاختصاص الابتدائى لمحاكم الدرجة الأولى . وتتحدد خصومة الاستئناف بعناصر الدعوى التى صدر فيها حكم أول درجة المطعون فيه . اذ بالاستئناف تنتقل الدعوى - بمقتضى الأثر الناقل للاستئناف effetto devolutivo - من محكمة الدرجة الأولى الى محكمة الاستئناف ، التى يكون لها سلطات محكمة الدرجة الأولى . ولكن لا يجوز التغيير فى عناصر الدعوى فى خصومة الاستئناف عما كانت عليه أمام محكمة الدرجة الأولى . فلا تفصل محكمة الاستئناف الا فى الطلبات التى عرضت على محكمة الدرجة الأولى ، وفصلت فيها صراحة أو ضمنا ، ورفع عنها الاستئناف . أو لا يجوز ابداء طلبات جديدة فى

---

(٦٠) " non possono avere lougo due decisioni diverse sulla stessa domanda ". (Chiovenda : op. cit).

الاستئناف ، كما لا يجوز أن يرفع الاستئناف على خصم أو من خصم لم يكن خصما فى الدرجة الأولى .

٥ ـ انتفاء الولاية أو التنازع بشأنها :

نظرا لتعدد جهات القضاء فى مصر ، فانه من المحتمل أن يحدث تنازعا بشأن ولاية القضاء . الا أن التنازع بشأن الولاية لا يقوم الا اذا كان التنازع بشأن دعوى واحدة ، فاذا كانت الدعوى المرفوعة الى القضاء الادارى مثلا تختلف فى أحد عناصرها مع دعوى أخرى رفعت الى القضاء العادى ، فلا يقوم التنازع بشأنهما على الولاية بين القضاء العادى والقضاء الادارى ، ومن ثم لا يقبل طلب حل هذا التنازع أمام المحكمة الدستورية العليا .

ولا شك أن تحديد عناصر الدعوى هو الذى يحدد لنا معالمها ومعرفة مدى تماثلها أو اختلافها مع دعوى أخرى

المطلب الثانى

تحديد عناصر الدعوى

٣٠٤ تعدد عناصر الدعوى :

الدعوى كأى حق تتكون من عناصر ثلاثة ، فلابد أنها قائمة بين أطراف يمثلون أشخاصها ، ومحل ترد عليه يمثل موضوعها ، وسبب تستند اليه يمثل سببها . وفيما يلى نتحدث بايجاز عن كل عنصر من هذه العناصر :

٣٠٥ ـ (أ) أشخاص الدعوى : Personae

يقصد بأشخاص الدعوى ، أطرافها ، أى الشخص الذى ترفع منه الدعوى ومن توجه اليه ، بما لهما من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانونى المدعى ، وهم بصفة عامة المدعى والمدعى عليه ، والمدعى هو

صاحب الصفة الايجابية ، والمدعى عليه تكون له الصفة السلبية (٦١) . وبهذا يتضح أن القاضى ليس طرفا فى الدعوى (٦٢) ، كما ذهب الى ذلك البعض بالفعل (٦٣) . والعبرة فى تحديد أشخاص الدعوى هى بصفتهم qualità فيها ، لا بمباشرتهم لها ، فقد يباشر الدعوى شخص لا صفة له بالنسبة للحق أو المركز المدعى به ، مثل المحامى او النائب ، ومع ذلك فلا يعتبر طرفا فى الدعوى . والطرف الأصلى فيها هو الموكل والذى لم يباشر الدعوى بنفسه . وحتى ولو لم يحضر فيها ولم يباشر أى أجراء بصددها ، ومع ذلك فهو الطرف الذى يكون الحكم الصادر فى الدعوى حجة له أو عليه . هو الذى يضار بالحكم أو ينتفع به .

وتختلف الدعوييان اذا رفعتا من شخص واحد ضد شخصين مختلفين ، فاختلاف أشخاص الدعاوى يؤدى الى اختلاف الدعاوى ذاتها ولو اتحدت فى العناصر الأخرى . ويكون الأمر كذلك لو تعلقت الدعاوى بشخص طبيعى واحد persona fisica ولكن اختلفت صفته (٦٤) وعلى ذلك فاختلاف الصفة يبرر اختلاف الدعاوى ولو تعلقت بشخص واحد وموضوع واحد . فاذا طالب شخص لنفسه بملكية مال معين فى مواجهة شخص محدد ، ثم عاد فى دعوى أخرى وطلب تقرير ملكية المال ذاته لمن هو وصى أو قيم عليه . فان الدعوى الاخيرة

---

(٦١) وقد حاول فقهاء الاسلام تعريف كل من المدعى والمدعى عليه ، فمنهم من قال أن « المدعى هو من يثبت شيئا ، والمدعى عليه هو من ينفى شيئا » ، ومنهم من قال : ان المدعى هو من يخالف قوله الظاهر وهو براءة الذمة ، والمدعى عليه من يوافقه . ومنهم من قال أن المدعى هو من يقول بالاختيار ، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار (انظر محمود هاشم — اجراءات التقاضى والتنفيذ — الرياض ، ط اولى ، ١٩٨٩ ، ص ٢١/٢٢ وهامش ٢٥) .

(٦٢) وقد عرف ميكيلى أشخاص الدعوى بأنهم :

" tanto a chi ha il potere di provocare l'inizio del processo, in modo che questo conduca ad un provvedimento di merito, quanto a chi deve subire il processo stesso ". Corso, op. cit V.I. p. 32.

(٦٣) مثل أوجوروكو — مطول ج ١ ص ٢٤٩ . كارنيلوتى مطول ج ١ ص ١١١ — ١١٢ .

(٦٤) كيوفندا — مبادىء ص ٢٨٠ — ميكيلى ج ١ ص ٣٢ .

تكون مختلفة مع الدعوى الأولى بالرغم من اتحادهما فى الموضوع . وفى الطرف السلبى فى كل منهما وفى الشخص الذى رفعهما . وعلى ذلك فالعبرة بوحدة الخصوم أو تعددهم هى بوحدة الصفة أو تعددها .

ولكن يجب التحوط فى الأمر ، لأن مجرد الاختلاف فى الأشخاص قد لا يؤدى الى الاختلاف فى الدعاوى . اذ فى حالات كثيرة تظل الدعوى واحدة بالرغم من اختلاف أشخاصها فمثلا اذا توفى شخص معين وحل ورثته فى الدعوى محله ، فان الدعوى تظل مع ذلك دعوى واحدة ، هى نفسها التى رفعها المورث أو المرفوعة عليه (٦٥) .

فاختلاف الأشخاص يؤدى الى اختلاف الدعاوى ، حتى ولو تعلقت بالموضوع ذاته medesima cosa أو كانت ترمى الى ذات الأثر القانونى medesimo offetto giuridico ، ومثال الأولى تعدد الدائنون أو المدينون فى الالتزام بالتضامن obbligazione solidalc ومثال الثانية فى حالة الحقوق الارادية الثابتة لأشخاص متعددين مثل طلب فسخ التصرف القانونى ، والحق الذى قد يخوله القانون لكل شريك فى طلب ابطال قرارات الجمعية العمومية للشركة (٦٦) .

واشخاص الدعوى لا يشترط فيهم آن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين ، اذ يمكن آن يكون مدعيا أو مدعيا عليه شخص قانونى persona giuridica ، كشركة أو جمعية ، ولكن الذى يباشر الدعوى نيابة عنها هو الممثل القانونى لها كرئيس مجلس ادارتها او رئيسها .

---

(٦٥) كيوفندا - مبادىء ص ٢٨٠ . فتحى والى - الوسيط ص ٨٤ - ٨٥ .

(٦٦) مع ملاحظة أن القانون وان كان يعترف لكل شريك فى الشركة بالحق فى طلب ابطال القرار الصادر عن الجمعية العمومية ، الأمر الذى يؤدى الى تعدد الدعاوى بتعدد الشركاء ، وهذه الدعاوى انما تهدف جميعا الى اثر قانونى واحد هو ابطال القرار . فالمقرر انه اذا استعمل أحد الشركاء حقه فى هذا الخصوص ورفع دعوى قضائية صدر حكم فى موضوعها ، ببطلان القرار ، فان حجية هذا الحكم تعد سببا لانقضاء دعاوى الشركاء الاخرين (أنظر بالتفصيل كيوفندا - ص ٢٨١) .

كما لا يشترط كمال الأهلية المدنية فى أشخاص الدعوى ، ان كانوا من الأشخاص الطبيعيين ، فقد يكون القاصر أو المحجور عليه مدعيا أو مدعا عليه ، ولكنه لا يستطيع مباشرة اجراءات الخصومة بنفسه ، وانما يباشرها عنه من يمثله تمثيلا قانونيا كالولى أو الوصى أو القيم .

(٣٠٦) - (٢) محل الدعوى (٦٧) oggetto - petitum

يقصد بمحل الدعوى ما تهدف الى تحقيقه ، أى ما يطلبه المدعى فى دعواه . ولا شك أن الدعاوى تختلف باختلاف المطلوب فيها ، أى باختلاف محلها . ومحل أى دعوى يتكون من عناصر ثلاثة هى :

١ - الحكم المطلوب من القضاء اصداره :

وهل هو مجرد تأكيد حق أو نفيه (تقرير) ، أو احداث تغيير معين فى الحق أو المركز القانونى (انشاء) ، أو الالزام بأداء معين قابل للتنفيذ الجبرى (الزام) ؟ . وبذلك قد يكون المطلوب من القاضى اصداره حكما تقريريا ، أو حكما منشئا ، أو حكما بالالزام ، فاذا كان المطلوب فى دعوى مجرد تقرير صحة عقد من العقود ، فانها تختلف عن تلك الدعوى التى يكون المطلوب فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، ولو اتحدت الدعويان فى الخصوم والسبب .

٢ - الحق الذى يرد عليه الحكم :

وهل هو تأكيد وجود أو نفى حق ملكية على عقار معين ؟ ، أو تأكيد وجود أو نفى حق ارتفاق على هذا العقار ؟ اذ تختلف الدعوى الأولى عن الثانية ، نظرا لاختلاف الحق المطلوب تأكيده أو نفيه . وكذلك تختلف الدعوى التى يرفعها المستأجر بالزام المؤجر بتركيب مصعيد فى

---

(٦٧) أنظر دراسة فى ذلك . ميكيلى - بند ٩ ص ٣٢ - ٣٣ جـ ١ . كيوفندا مبادىء ص ٢٨١ - ٢٨٣ . فتحى والى - ص ٨٥ - ٨٦ . وجدى راغب - الخصومة ص ١٠٥ - ١٠٦ كورنى وفوييه ص ٤٠٣ وما بعدها . موريل ص ٢٨٥ وما بعدها .
Normand J, le juge et le litige, Thèse, Paris 1965 p. 99. et s.

العمارة ، عن الدعوى التى يرفعها المستاجر على المؤجر ذاته بطلب تخفيض الاجرة بسبب عدم انتفاعه بالمصعد نظرا لعدم تركيبه (٦٨) .

٣ ـ الشيء محل الحق أو المركز القانونى :

اذا اختلفت دعويان فى الشيء محل الحق المطالب به فيهما ، فان ذلك يؤدى الى اختلافهما ولو اتحدتا فى الخصوم وفى المطلوب من القاضى اصداره . فتختلف الدعوى المرفوعة من شخص على آخر بطلب تقرير ملكية عقار معين ، عن تلك الدعوى المرفوعة بين الخصوم أنفسهم لتقرير ملكية عقار آخر ، أو منقول آخر .

هذه هى العناصر الثلاثة المكونة لمحل الدعوى ، واختلاف أى عنصر منها فى دعوى عن دعوى أخرى يؤدى الى اختلاف محلهما وبالتالى اختلافهما كلية . فاذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ بيع جزء من منزل مملوك على الشيوع ، فانها تختلف فى موضوعها عن دعوى الشفعة ولو تعلقت بهذا الجزء (٦٩) . وكذلك تختلف دعوى تقرير حق الزوج فى ايقاع طلاق معين بارادته المنفردة عن دعوى تقرير حق الزوج نفسه فى ايقاع طلاق تال بالارادة المنفردة أيضا (٧٠) .

ولكن ليس كل تغيير فى محل الدعوى عنه فى دعوى أخـرى ، يؤدى الى اختلافهما فلا ينفى وحدة الدعوى ما يلى :

(ا) ان يكون المطلوب فى دعوى معينة هو مجرد نفى المطلوب فى دعوى اخرى ، فالدعوى المرفوعة بصحة عقد من العقود لا تختلف فى موضوعها عن الدعوى المرفوعة بطلب بطلانه (٧١) .

---

(٦٨) نقض أول فبراير سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ٢٢١ .
(٦٩) نقض ١٩٦٣/١١/٢٨ س ١٤ ص ١١١٩ .
(٧٠) نقض ١٩٦٥/٥/٢٦ س ١٦ ص ٦٢٨ .
(٧١) نقض ١٩٧٣/٥/١٧ س ٢٤ ص ٧٧٢ .

وكذلك لا تختلف الدعوى المرفوعة بالزام المدين بدفع دين معين ، عن الدعوى المرفوعة من الأخير ببراءة ذمته من هذا الدين (٧٢) .

(ب) أن يكون الاختلاف فى محل الدعوى اختلافا كميا عن محل دعوى أخرى ، اذا كان الدين ذاته غير محدد المقدار ، اذ يكون المطلوب فى الدعويين واحدا وهو تحديد المقدار . فاذا طالب المدعى فى دعواه الحكم له بمبلغ معين كتعويض عن فعل ضار (مثلا) فان ذلك لا يمنعه من العودة لطلب الحكم له بمبلغ أكبر تعويضا عن الفعل ذاته ، فلا يعد ذلك من جانبه طلبا جديدا أو دعوى جديدة لمجرد الاختلاف الكمى فى المطلوب فى الدعويين . ولكن اذا صدر الحكم بالفعل فى احداهما بالتعويض ، فلا يكون للمدعى رفع دعوى جديدة للمطالبة بمبلغ أكبر من ذلك المحكوم به فى الدعوى الأولى وان رفعها كانت غير مقبولة

---

(٧٢) ويدق الأمر بالنسبة للدعوى المرفوعة بطلب ملكية شىء معين ، فهل تختلف فى موضوعها عن الدعوى المرفوعة بطلب قيمة هذا الشىء . فاذا طالب شخص بملكية منقول معين وتسليمه له ، فليس للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بقيمة هذا المنقول ، ولكن لأن الحكم بقيمة الشىء لا يتصور الا اذا ثبتت ملكية الشىء للمدعى ، فان نفى الملكية فى الدعوى الأولى يؤدى الى عدم قبول الدعوى الثانية المرفوعة بطلب قيمة الشىء ، لأننا نكون بصدد دعوى واحدة رغم اختلاف المحل (أنظر كيوفندا مبادىء ص ٢٨٢ – ٢٨٣ – نظم جـ ١ بند ١١٠ ص ٣٠٩ . فتحى والى – الوسيط ص ٨٧) . ويدق الأمر أيضا بالنسبة للدعوى التى يكون موضوعها جزءا من حق ، فهل تختلف عن تلك الدعوى التى يكون موضوعها هذا الحق كله ؟ . بداءة لا شك ان الدعويين مختلفتان فى هذه الصورة لاختلاف الموضوع فيهما . ولكن يتجه الرأى الى القول بأنه اذا أمكن تصور دعوى الجزء ، دعوى مستقلة ، بموضوع له كيان مستقل ، ليس على أساس أنه جزء من حق اكبر ، فيتعلق الأمر هنا بدعويين لا دعوى واحدة ، وهذا يؤدى الى انكار الحق الأكبر لا يمنع رفع دعوى الحق الأصغر ، فانكار الملكية لا يؤدى الى عدم قبول دعوى الانتفاع بذات الشىء . أما اذا نفى الحق الأكبر يؤدى الى نفى الحق الأصغر ، فيتعلق الأمر بدعوى واحدة . على أن تقدير ذلك يكون متروكا للقاضى يبحثها فى كل حالة على حده (أنظر كيوفندا – الاشارة السابقة ، فتحى والى – الاشارة السابقة) .

لسبق الفصل فيها ، نظرا لوحدة الدعوى وذلك ما لم يكن التعويض المحكوم به تعويضا مؤقتا (٧٣) .

٣٠٧ - (٣) سبب الدعوى : Causa petendi

ثار جدل فقهى كبير حول فكرة السبب فى القانون ، ولكننا لن ندخل فى تفاصيل هذا الخلاف - رغم أهميته - تاركين ذلك لمناسبة قادمة . وانما نحاول - فى ايجاز - اجمـــال هذا الخـــلاف فى تجاهين (٧٤) .

١ - الاتجاه الأول - السبب هو القاعدة القانونية :

يذهب جانب من الفقه الى القـــول بأن سبب الدعوى (سبب الطلب) يتمثل فى القاعدة القانونية التى يستند اليهـــا المدعى فى دعواه (٧٥) . وعلى ذلك فاذا اتحدت دعويان فى السبب ، والموضوع

---

(٧٣) فتحى والى - الاشارة السابقة . وجدى راغب - الخصـــومة ص ١٠٦ .

(٧٤) أنظر فى فكرة السبب بالتفصيل

Gilli (J. P.) : La. cause juridique de la demande en justice, Thèse Paris 1962. Motulsky, la cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964.

جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٤٦٥ . موريل ص ٢٨٧ - ٢٨٨ . فنسان بند ٣٨٢ وما بعدها ص ٤٩٠ وما بعدها . نورماند - القاضى والنزاع - ص ١٣٤ . كورنو وفوييه - ص ٤٠٤ . كيوفندا - مبادىء ص ٢٨٣ وما بعدها . كوستا ص ٤٤١ - ٤٤٢ بند ٣٣٩ . ميكيلى - محاضرات ج ١ ص ٣٣ - ٣٥ بند ٩ . ساتا ص ١١٢ - ١١٥ بند ٧٩ ليبمان - بند ٧٢ ص ٧٢ - ٧٤ .

هشام على صادق - المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره - المحاماه س ٥٠ ابريل سنة ١٩٧٠ ص ٧٦ وما بعدها . عزمى عبد الفتاح - اساس الادعاء أمام القضاء المدنى . دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

فتحى والى - الوسيط ص ٨٨ وما بعدها . إبراهيم سعد - ص ٥٦٤ وما بعدها . وجدى راغب - الخصومة ص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٧٥) ورغم اتفاق أنصار هذا الاتجاه على ذلك فانهم اختلفوا فى تحديد
=

والخصوم ، كنا بصدد دعوى واحدة ، أما اذا اتحدتا فى الموضوع والخصوم واستندتا على قاعدتين قانونيتين مختلفتين كنا بصدد دعويين لا دعوى واحدة .

٢ — الاتجاه الثانى — السبب هو الوقائع المنتجة فى الدعوى :

يذهب الفقه الحديث فى عمومه الى أن سبب الدعوى انما يتمثل فى الوقائع القانونية المنتجة فى الدعوى — أى التى تؤدى الى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضى . فوحدة الواقعة لا تؤدى الى تعدد الدعاوى ، ولو وقعت فى نطاق أكثر من قاعدة قانونية . فالذى يحدد الدعوى هو الواقعة أو الظروف الواقعية لها وليس النص القانونى المجرد (٧٦) .

والعبرة فى تحديد سبب الدعوى هى بالوقائع القانونية التى يقدمها المدعى ، لا بتكييفه لها ، فالتكييف يعد مسألة قانونية ، يستقل بها القاضى بناء على ما يقدمه اليه الخصوم من وقائع (٧٧) .

= معنى القاعدة القانونية ، فبعضهم رآها فى النص القانونى الذى يستند عليه الخصم بينما يراها البعض الآخر فى المبدأ القانونى الذى يستند عليه الطلب . أو التكييف القانونى لوقائع الدعوى (أنظر فى تفاصيل ذلك جيلى — رسالة — المشار اليها ص ٥٣ وما بعدها . نورماند ص ١٣٤ وما بعدها . كورنى وفوييه ص ٤٠٤) كوشيز ص ١٣٩ — ١٤٠ (ابراهيم سعد ص ٥٦٤ — ٥٦٥) . عزمى عبد الفتاح ص ٢١ وما بعدها .

(٧٦) " la causa è il fatto costitu ivo dell'azione, l'az'one si individua pel fatto e non per la norma astatta di legge ". Chiovenda, principii, p. 283., Istituzioni, Napoli 1960, V.I. p. 310.

وبنفس المعنى كوستا — ص ٤٤١ — ٤٤٢ . ليبمان بند ٢٧ ص ٧٢ — ٧٣ انظر عرضا لهذا الاتجاه عزمى عبد الفتاح ص ٤٣ وما بعدها .

(٧٧) فالقاضى وان كانت له الحرية فى تكييف الطلبات المعروضة عليه ، غير متقيد فى ذلك بوصف الخصوم لها الا انه مقيد بما يقدمه الخصوم من وقائع فلا يملك التغيير فى مضمون هذه الطلبات . واذا كان الثابت أن الدعوى هى دعوى تعويض أقيمت على اساس المسئولية التقصيرية ، فان تكييف الحكم على أنها دعوى بطلان تصرفات . يكون تكييفا خاطئا لتجاوز المحكمة حدود الطلبات المقدمة فى الدعوى ، (هشام صادق — مقاله) ص ٩٠ ابراهيم نجيب ص ٥٦٨ ، نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ س ٢٤ ص ١٢٧٤ .

وفى ذلك تقرر محكمة النقض أن « قاضى الدعوى ملزم فى كل حال باعطاء الدعوى وصفها الحق ، واسباغ التكييف القانونى الصحيح عليها دون تقيد بتكييف الخصوم لها فى حدود سبب الدعوى » (٧٨) . فاذا كانت الوقائع واحدة فى دعويين ، كان السبب واحدا ، ولو غير المدعى تكييفه لها فى الدعوى الأخرى (٧٩) . ولكن الذى يؤدى الى اختلاف الدعاوى هو اختلاف الوقائع ذاتها فى الدعويين ولو كانت متشابهة أو متماثلة (٨٠) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان الذى يؤدى الى تغيير السبب ، وبالتالى تغيير الدعاوى ، هو تغيير الوقائع المنتجة فى دعوى عنها فى الأخرى ، لا التغيير فى الأدلة الواقعية moyens . وعلى ذلك فاذا رفع المدعى دعواه مستندا الى عقد من العقود بينه وبين المدعى عليه . وقدم دليلا لاثبات العقد ورقة عرفية ، فان استناده بعد ذلك لاثبات العقد الى شهادة أو اقرار ، فلا يعتبر تغييرا فى السبب وانما تغييرا فى الأدلة . وتبقى الدعوى لذلك واحدة (٨١) .

---

(٧٨) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤ فى الطعن ٩٤٣ لسنة ٥١ق، ١٩٨٨/١٠/٣٠ فى الطعن ١٠٢٠ لسنة ٥٥ ق ١٩٨٨/١١/١٦ فى الطعن ٧١١ لسنة ٥٨ ق ١٩٨٨/١١/٢٣ فى الطعن ٣٩٦ لسنة ٥٢ ق . نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ .

(٧٩) وعلى ذلك اذا رفع الخصم دعوى تعويض مؤسسا اياها على قواعد المسئولية التقصيرية ، فاذا عاد ورفع ذات الدعوى بنفس الوقائع مستندا على قواعد المسئولية العقدية ، كانت دعواه غير مقبولة (نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س ١٧ ص ١٨٢ .

(٨٠) كما لو رفعت زوجة دعوى تطليق للضرر بسبب وقائع استجدت بعد صدور الحكم الأول الذى قضى برفض التطليق (نقض ١٩٧٤/٢/٢٠ س ٢٥ ص ٣٧٩) . وانظر هشام صادق ص ٨٣ وما بعدها .

(٨١) عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط جـ ٢ ص ٢٠٧ . فتحى والى ـ الوسيط ص ٨٩ وقد قضت محكمة النقض بذلك وقررت أن سبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند اليها الخصوم (نقض ١٩٨٨/٢/١٨ فى الطعن ٣٥١ لسنة ٥٤ ق . نقض ١٩٨٨/٦/١٢ فى الطعن ٢٨٠ لسنة ٥٥ ق . نقض ١٩٨٨/١٢/٨ فى الطعن ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق. نقض ١٩٨٦/٦/١٧ فى الطعن ٢٥٣٢ لسنة ٥٢ ق . نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٧٨ . أنظر ابراهيم سعد ـ ص ٥٧٣ وما بعدها بند ٢٣٠ فنسان بند ٣٨٤ . كيوفندا ـ نظم جـ ١ ص ٣١٠ بند ١١١ .

واذا كنا قد انتهينا الى أن الرأى الغالب يرى أن السبب هو مجموعة الوقائع القانونية المنتجة فى الدعوى ، فهل المقصود بسبب الدعوى هو سبب الحق فيها أم سبب الحق أو المركز القانونى المرفوعة به الدعوى ؟

- يذهب رأى الى القول بأن السبب المقصود فى هذا الخصوص هو سبب الحق أو المركز القانونى المدعى به . وفى هذا نصت المادة ١٠١ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن « الأحكام ... حجة فيما فصلت فيه من الحقوق .. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذلك الحق محلا وسببا » (٨٢) .

- ولكن كما قيل بحق (٨٣) أن الفكرة المتقدمة لا تتفق الا مع اعتبار الدعوى هى الحق الموضوعى نفسه أو عنصر من عناصره . وهى الفكرة التى رفضها الفقه الحديث فى عمومه ، والذى استقر على اعتبار الدعوى حقا مستقلا عن الحق الموضوعى ، وهذا يؤدى بالضرورة الى اختلاف سبب الحق فى الدعوى عن سبب الحق الموضوعى ، ولا يمكن اعتبار سبب الحق سببا للدعوى .

فالسبب المنشىء للدعوى فى رأينا ، يتمثل فى الواقعة أو الوقائع القانونية التى تلجىء الشخص الى رفع الأمر الى القضاء طلبا لحمايته ، أى فى الاعتداء على الحق أو المركز المدعى به ، الذى لا يستطيع المدعى رد هذا العدوان بوسائله الذاتية ، وانما يتعين عليه الالتجاء الى القضاء للحصول على حماية القضاء لحقه أو مركزه القانونى . فالاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى به ، هو السبب المنشىء فى رأينا للحق فى الدعوى ، فلا ينشأ لصاحب الحق الموضوعى الحق فى الدعوى اذا لم

---

(٨٢) ليبمان جـ ١ بند ٢٧ ص ٧٢ . السنهورى - الوسيط ص ٦٩٧

(٨٣) فتحى والى - الوسيط - ص ٩٠ .

يكن هناك اعتداء قد وقع على حقه أو مركزه القانونى (٨٤) أو كان هناك تهديد بالاعتداء على هذا الحق . هذا هو سبب الدعوى بالمعنى الدقيق (٨٥) .

عناصر الدعوى فى الفقه الاسلامى :

ركن الدعوى عند الأحناف ، وهى عندهم تصرف قولى ، يتمثل فى القول أو ما يقوم مقامه والموضوع فى اللغة أو عرف الناس للطلب . أما أركان الدعوى عند الأحناف فهى أربعة : الفاعل : المدعى والمدعى عليه ، والمحل وهو المدعى به ، والصيغة وهى عبارة الطلب . وأن يتم ذلك فى مجلس القضاء . أما السبب فقد عالجه فقهاء الشريعة مستقلا عن اركان الدعوى ، وان اعتبره عنصرا فيها ولشرعيتها . واشترط الفقهاء شروطا فى كل ركن من هذه الأركان . فيشترطون فى أطراف الدعوى ، الأهلية والصفة والمعلومية ، أما محل الدعوى فيجب أن يكون مشروعا ومعلوما ومحتمل الثبوت . أما القول فيقصد به طلب الحق

---

(٨٤) أنظر فى فكرة سبب الدعوى بالتفصيل كيوفندا مبادىء ص ٢٨٢ وما بعدها . نظم ج ١ بند ١١١ ص ٣٠٩ وما بعدها . الذى وضع فكرته فى ان سبب الدعوى بصفة عامة يتمثل فى مجموعة وقائع . وقائع خاصة بمصدر الحق المدعى بحمايته ، وقائع متعلقة بسبب الالتجاء الى القضاء (الاعتداء على الحق) . ووقائع خاصة بالواقعة التى يتولد عنها المصلحة فى الدعوى وهذه الوقائع يجب على المدعى اثباتها . نظم ص ٣١٠ وما بعدها. وبعد ذلك حدد سبب كل من الدعوى المنشئة ، والدعوى التقريرية ودعوى الالزام .

(٨٥) ويذهب البعض الى القول ، برغم تسليمه بذلك ، الى أن سبب الدعوى كأحد عناصر تمييزها انما يتحدد بمجموعتين من الوقائع وقائع قانونية مصدر الحق أو المركز الموضوعى ، والوقائع التى يؤدى ثبوتها الى نشأة الحاجة لدى صاحب الحق الموضوعى الى الحماية القضائية . ثم يعود ليقرر ان ادخال مصدر الحق فى سبب الدعوى يغنى عنه اعتبار الحق أحد العناصر المكونة لمحل الدعوى ، فلا حاجة اليه فى تكوين السبب لأن اعتباره سببا للدعوى أو أحد عناصر السبب يؤدى الى الخلط بين فكرة المحل وفكرة السبب . (فتحى والى ـ الوسيط ص ٩٠ ـ ٩١) . وهذا الذى انتهى اليه هو ما نقول به من ان سبب الدعوى بالمعنى الفنى انما يتمثل فى الاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى .

وألا يكون مناقضا لأمر سبق صدوره من المدعى وأن يكون بتعبير جازم وقاطع (٨٦) .

٣٠٨ – ظاهرة تزاحم الدعاوى (٨٧) Concorso di azion.

وتوجد هذه الظاهرة عندما تتعدد الدعاوى ، ولكنها جميعا تهدف الى تحقيق غرض واحد ، والفصل فى احداها محققا ما تهدف اليه ، يؤدى بالضرورة الى تحقيق ما تهدف اليه الدعاوى الأخرى ، ومن ثم فلا ضرورة لرفعها بعد ذلك ، وعليه فان الفصل فى دعوى من هـــــذه الدعاوى يؤدى الى انقضاء باقى الدعاوى الأخرى . بشرط ان يكون الحكم الصادر فى احدى هذه الدعاوى صادرا بتحقيق ما تهدف اليه . أما اذا رفضت الدعوى فيظل الحق فى رفع الدعاوى الأخرى (٨٨) . ويظهر التزاحم عندما تتحد دعويين فى الخصوم والموضوع مع اختلافهمـــا فى السبب مثل المودع الذى يستطيع أن يطالب برد الشىء المودع من المودع لديه برفع دعوى الرد مستندا الى عقد الوديعة . او دعوى رد يكون سببها الملكية . كما يظهر التزاحم عندما يوجـــد اتحـاد بين دعويين أو أكثر فى المحل والسبب مع اختلاف فى الاشخاص (مثل دعوى كل شريك فى ابطال قرار لمجلس ادارة الشركة) .

---

(٨٦) محمود هاشم – اجراءات . ص ٢٤ ، ٢٥ بند ١٥

(٨٧) أنظر فى هذه الظاهرة مقالة الاستاذ ليبمان بعنوان Azioni concorrenti منشورة فى مؤلفه والذى اسماه « مشكلات الخصومة المدنية » – طبعة ١٩٦٢ ص ٥٤ – ٦٣ . وموجزه بند ٢٩ – ج ١ ص ٧٨ . كيوفندا نظم ج ١ ص ٣١٧ بند ١١٣ مبادىء ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٨٨) فتحى والى – الوسيط ص ٩١ – ٩٢ .

الفصل الثانى

شروط الدعـــوى

٣٠٩ - المقصود بشروط الدعوى :

لم يشأ المشرع أن يلزم القضاء بالفصل فى كل ما يقدم اليه من ادعاءات ، الأمر الذى يؤدى الى ضياع وقت المحاكم فى بحث أمور غير ذات أهمية ، أو أمور تم الفصل فيها ، أو أن الفصل فى موضوعها غير مجد بالنسبة لأطرافها . وانما اشترط المشرع لالزام القاضى بالفصل فى موضوع ما يقدم اليه ، شرائط معينة ، فان توافرت هذه الشرائط ، قام للمدعى حق فى أن يحصل على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه . هو ما يطلق عليه حق الدعوى Droit d'action

وعلى ذلك فيقصد بشروط الدعوى ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى (١) . وشروط الدعوى ، تمثل فى الوقت نفسه شروطا الحكم فى موضوعها . وهذه الشروط هى ما يطلق عليها اصطلاحا شروط قبول الدعـــوى Conditions de recevabilité des actions

---

(١) وجدى راغب . الخصومة ص ١١٦ ، مبادىء القضاء المدنى ، ط أولى - ١٩٨٧ ص ٩١ . مع ملاحظة أن هناك من يفرق بين شروط وجود الدعوى كحق ، وهذه الشروط تختلف عن شروط قبولها أو مباشرتها . فمنهم من يرى ان الحق شرط لوجود الدعوى والمصلحة شرط لقبولهـــا (عبد المنعم الشرقاوى - رسالة - ص ٤٠ - ٤١ بند ٣٨) ومن الفقهاء من يرى أن شروط قبول الدعوى هى شروط مباشرتها (محمد عبد الخالق عمر - رسالة بند ١٩٩ جارسونيه جـ ١ ص ٥٢٠ . وفنسان وجنشار ، بند ٢٢٠ ص ٤٤ . وقارن جابيو - ص ٥٠ بند ٥٩ ، بند ٦٠ ص ٥٢) ، ومن الفقهاء من لا يفرق - وبحق - بين شروط وجود الدعوى وشروط قبولها ، فهى واحدة ، أما مباشرة الدعوى فتتحقق عن طريق الخصـــومة باجراءاتها والتى تبدأ بالمطالبة القضائية ، وهذا أمر متميز عن الدعـــوى (وجدى راغب - الخصومة - الاشارة السابقة) .

ولم تعد الدعاوى ، فى العصر الحديث ، محددة بنماذج معينة ، ومن ثم فلا يشترط لقبولها أن يرد بشأنها نص فى القانون صراحة (٢) ، ولكن ذلك لا يعنى أن المشرع الحديث قد منع نفسه من تنظيم دعاوى معينة ، ويعطى لها أسماء محددة ، فقد يتولى المشرع تنظيم بعض الدعاوى مسميا اياها بأسماء معينة ، مثل دعوى منع التعرض .

فالمشرع الحديث انما ينظم الدعوى بصفة عامة ، محددا شرائط معينه لوجودها ، ان توافرت وجد الحق فى الدعوى ، حتى ولو لم يرد نص قانونى خاص بها ، وهذه هى ما نطلق عليها الشروط العامة لوجود الحق فى الدعوى ، ولكن ذلك لا يمنع المشرع من أن يتولى بنفسه تنظيم دعاوى محددة ، مشترطا لوجودها - فضلا عن الشروط العامة - شروطا خاصة بها ، مثل تلك الشروط الخاصة بدعاوى الحيازة ودعوى الشفعة وغيرها .

وما يهمنا فى هذا الخصوص ، هو الشرائط العامة للدعوى ، اللازمة لقبولها ، تاركين الشروط الخاصة ، للحديث عنها فى أماكنها المناسبة، عندما يرد ذكر لهذه الدعاوى التى يشترط المشرع لقبولها شرائط خاصة .

والشروط العامة للدعاوى قد تكون شروطا يلزم توافرها لوجود حق الدعوى أى لقبولها ، وهى ما نطلق عليها الشروط الايجابية . وقد تكون شروط يلزم عدم توافرها حتى تقبل الدعوى ، وهى ما نطلق عليها الشروط السلبية . ونخصص مبحثا لكل منها :

---

(٢) أنظر وجدى راغب - الخصومة ص ١١٦ - فتحى والى - ص ٦٩ . رمزى سيف بند ٧٥ ص ١٠٩ .

المبحث الأول

الشروط الايجابية لوجود الدعوى

٣١٠ - معناها وتعدادها :

يقصد بالشروط الايجابية لوجود الدعوى ، تلك الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى والفصل فى موضوعها .

وقد اختلف الفقه فى تحديد هذه الشروط أو تلك الخصائص ، فمنهم من حصرها فى شرط واحد هو المصلحة فى الدعوى ، تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه « حيث لا مصلحة فلا دعوى » ، وما الشروط الأخرى التى يرددها الفقه الا أوصافا لشرط المصلحة ، أو خصائص لها (٣) .

ومنهم من ذهب (٤) الى عدم كفاية المصلحة لقبول الدعوى ، وانما يشترط بالاضافة اليها توافر الصفة ، ثم يضيف البعض الآخر (٥) الى هذين الشرطين ، شرطا ثالثا هو توافر الحق الموضوعى . كما أن بعضا من الفقهاء (٦) قد أدخل الأهلية ضمن شروط الدعوى . وقد ذهب

---

(٣) عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٤١ بند ٣٨ ، بند ٤٠ ص ٤٢ . رمزى سيف - بند ١٠٠ - ١٠٢ ص ١٣٧ - ١٣٨ احمد السيد صاوى - الوجيز بند ٢٥ ص ٣٩ . جابيو بند ٦٠ ص ٥٢ الذى لم يفرق بين شروط وجود الدعوى وبين شروط مباشرتها . وقال بعد أن عددها فى الحق والمصلحة والصفة والأهلية أنها مجرد وجهات نظر مختلفة فى شرط واحد
" Mais le quatre points sont suovent difficiles à séparer ces peuvert même étre quatre aspects différents suos lesquels on envisage une même condition ".

(٤) مصطفى كامل كيرة - قانون المرافعات الليبى سنة ١٩٧٠ ص ٢٦٦ احمد مسلم - أصول - بند ٣٠٦ ص ٣٢٩ . سوليس وبيرو ص ٢٤٣ .

(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى - ص ٥٦٣ . فتحى والى - بند ٣٣ عبد الفتاح السيد بند ٣٢٠ ، ومعظم الفقه الفرنسى .

(٦) عبد الباسط جميعى . ص ٣١٠ ، العشماوى بند ٤٦٢ ص ٥٨٩ عبد الفتاح السيد بند ٣٣٢ ص ٣١٨ . محمد حامد فهمى بند ٣٣٧ ، عبد الخالق عمر - رسالة - ص ٧٠ بند ٧٣ . لاكوست ص ٣٦ بند ٥٥ - جابيو ص ٥٢ بند ٥٢ وما بعدها . سوليس وبيرو بند ٣٨٣ . جارسونيه وسيزاربرو - ج ١ ص ٥٨٠ بند ٣٥٦ . بوليارد ص ٢٧ وما بعدها .

أخيرا رأى (٧) الى القول بأن المصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى ، وانما هى شرط لوجودها ، وشروط قبول الدعوى ، فى نظره ، لا تعدو الا ان تكون وجود الحق والاعتداء عليه وتوافر الصفة .

والقول بأن الحق الموضوعى شرط للدعوى ، قول مرفوض لأن ذلك يتعارض مع اعتبار الدعوى حقا مستقلا قائما بذاته عن الحق الموضوعى ، وبالتالى فيكون الحق الموضوعى شرطا للطلب ذاته وليس لوجود الحق فى الدعوى (٨) . والقول بأن الاهلية شرط فى الدعوى ، قول ينفيه أن الدعوى ينشا الحق فيها للقصر وعديمى الأهلية ، فالأهلية ليست شرطا لوجود الدعوى ، وانما شرطا لمباشرتها ، أى مباشرة اجراءاتها (٩) . ولهذا ينص القانون على نقطاع سير الخصومة بفقد أحد الخصوم لأهليته . ولو كانت الأهلية شرطا لقبول الدعوى لوجب أن يكون الجزاء هو عدم قبول الدعوى وليس انقطاع الخصومة فيها .

واذا ما استبعدنا الحق والأهلية من شروط وجود الدعوى لما تقدم ، فلا يبقى الا المصلحة فى الدعوى ، والصفة فيها . وهما شرطان ضروريان لوجود الحق فى الدعوى ، فاذا انتفى أحدهما ما قام الحق فى الدعوى، وما كان للشخص الحق فى الحصول على حكم فى الموضوع ، فالمصلحة تعبر عن الجانب الواقعى أو المادى للدعوى بينما تمثل الصفة الجانب الشخصى فيها (١٠) .

ونخصص مطلبا مستقلا لكل من هذين الشرطين :

---

(٧) فتحى والى ـ الوسيط بند ٣٧ ص ٧٩ وما بعدها .

(٨) أنظر فى ذلك كورنى وفوييه ـ ص ٢٨٤ . أحمد مسلم ـ ص ٣١١ بند ٢٨٩ .

(٩) رمزى سيف ـ ص ١٣٧ بند ١٠٠ ؛ أحمد مسلم ـ ص ٣٣٤ بند ٣٠٧ . فتحى والى ـ الوسيط بند ٣٨ ص ٨٣ ، وجدى راغب ـ مبادىء القضاء ص ٩٣ ، محمد السيد صاوى بند ٢٦ ص ٤٠ ، محمد عبد الخالق عمر ـ رسالة ـ بند ٣٣٤ ، عبد المنعم الشرقاوى المصلحة فى الدعوى بند ٣٨ ص ٤٠ أبو الوفا ـ بند ١٢٠ ص ١٢١ .

فنسان ـ بند ١٧ ص ٣٨ . فنسان وجنشار بند ٢٢ ص ٤٤ . موريل ص ٣٠ بند ٢٧ . فزيوز ـ ص ٢١٣ كورنى وفوييه ص ٢٨٤ : كوشيز ـ بند ١٥١ ص ٩١ .

(١٠) ابراهيم سعد ـ ص ١٤٦ . وجدى راغب ـ الخصومة ص ١١٨ . فنسان وجنشار بند ٢٣ ، ص ٤٥ .

المطلب الأول

المصلحة فى الدعوى

(11) Intérêt d'agire en justice

٣١١ - تمهيد :

يقتضى منا البحث فى شرط المصلحة ، التعـــرض لتعريفها ، ثم بيان شروطها ، اذ لا تكفى مجرد المصلحة لقبول دعـــــوى من الدعاوى ، وانما المصلحة التى حدد القانون شروطا لها وهى المصـلحة القانونية القائمة .

الفرع الأول

تعريف المصلحة

٣١٢ - الخلاف فى تعريف المصلحة :

رغم اجماع الفقه على ضرورة المصلحة لوجود الدعوى ، وبالتالى لقبولها ، فلم يتعرض الغالبية منهم لتعريفها (١٢) ، مما أدى الى الخلاف حوله ، اذ يذهب الرأى الغالب من الفقهاء ، الى أن المصلحة هى « الفائدة أو المنفعة العملية » التى تعود على المدعى من الحكم له قضائيا بطلباته (١٣) . ويتفق هذا التعريف مع القاعدة القائلة بأنه حيث

---

(١١) L. Jaraud : L'intérêt pour agire en justice, contribut.on à la notion d'intérêt en droit positif. Thése, Poitiers, 1959. ci é par Vincant, p. 39, cit (1).

(١٢) عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٥٣ بند ٤٨ .

(١٣) عبد الفتاح السيد - بنـــد ٣٢١ ص ٣٠٨ . وذات المؤلـــــف بالاشتراك مع دسرتو فى مؤلفهما المشترك بالفرنسية قانون المرافعات المصرى Abdel - Fattah El sayed et Desserteaux : Traité théorique et pratique de procédure civile et com. égyptienne, 1926 no. 148.

أحمد مسلم - أصول ٢٩٥ ص ٣١٨ . ابراهيم سعد - ص ١٤٧ أحمد

-

لا مصلحة فلا دعوى pas d'intérêt pas d'action. ، أو أن المصلحة هى مناط (مقياس) الدعوى . " L'intérêt est la mesure de l'action ".

ويفصل البعض الآخر (١٤) فى الأمر ، ويفرق بين المصلحة بمعنى الباعث ، والمصلحة بمعنى الغاية . ويعرفون المصلحة بالمعنى الأول بأنها الحاجة الى حماية القانون ، وهى لذلك وثيقة الصلة بالاعتداء على الحق ، فهى تدور معه وجودا وعدما . أما المصلحة بمعنى الغاية فهى ما ينشده المدعى من رفع الدعوى الى القضاء ، وتتمثل هذه الغاية فى تحقيق الحماية القانونية ، ويستبعد أنصار هذا الرأى أن المصلحة كغاية ليست هى الرغبة فى الحصول على مجرد منفعة مادية أو ادبية ، لأن ذلك من شأنه أن يجعل من المصلحة فى الدعوى تعبيرا تافها ، « فالمنفعة لا يستحصل عليها المدعى من الحكم له فى الدعوى باعتبارها غاية فى ذاتها ، بل لأنها المظهر أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون . ويخلص صاحب هذا الرأى الى أن المصلحة تعرف « بانها المنفعة التى يحصل عليها المدعى بتحقيق حماية القانون لحقه الذى اعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء عليه » (١٥) .

واذا كان الرأى الأخير قد أقام تفرقة فنية دقيقة بين الباعث والغاية ، الا انها تفرقة نظرية ، حتى أن صاحب هذه التفرقة قد عاد وأقر بصعوبة اقامتها ، قائلا : « أن الفارق فى الواقع بين هذين المعنيين دقيق الى حد يجعل ادراكه — فى الكثير من الأحيان — صعب المنال ، فان الباعث والغاية كثيرا ما يندمجان — فاحدهما سبب

=

السيد صاوى — ص ٤١ رمزى سيف بند ٧٦ ص ١١٠ . أحمد أبو الوفا — بند ١٠١ ص ١٠٥ . سوليس وبيرو ج ١ ص ١٩٨ بند ٢٢٣ . ثم أورد تعريف كابيتان للمصلحة بأنها

l'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral.

ص ٢٠٠ بند ٢٢٦ مشيرا الى Vocabulaire juridique de Capitant

وبوليارد — المرجع السابق ص ٢٨ بند ٢٧ .

(١٤) عبد المنعم الشرقاوى — المصلحة فى الدعوى — ص ٥٤ وما بعدها بند ٤٩ — ٥٠ . أحمد أبو الوفا — ص ١٠٥ بند ١٠١ .

(١٥) عبد المنعم الشرقاوى — المصلحة فى الدعوى — ص ٥٤ — ٥٥ بند ٥٠ .

والآخر نتيجة (١٦) . وخلص الى تعريف المصلحة بالمعنيين معا قائلا أن المصلحة هى « الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه ، والمهدد بالاعتداء عليه .. والمنفعة التى يحصـــل عليها المدعى بتحقيق هذه الحماية » .

وهذا التعريف الذى انتهى اليه هو التعريف الصحيح للمصلحة ، فهى مجرد المنفعة التى يحصل عليها المدعى من الحكم له بطلباته ، وهى المنفعة التى لن يحصل عليها نتيجة الاعتداء على حقه أو التهـــديد بالاعتداء عليه - الا بالرجوع الى القضاء ، لدفع هذا العدوان أو وقف هذا التهديد ، خاصة أن المدعى لا يستطيع أن يقتضى لنفسه وبوسائله وفى ذلك يقول الفقيه الايطالى كيوفندا أن المصلحة تتمثل فى الضرر الذى يلحق بالمدعى اذا لم يتدخل القضاء (١٧) .

يتضح أن المصلحة فى الدعوى ليس هو معناها الموضوعى ، أى باعتبارها عنصرا فى الحق (١٨) فالمصلحة كعنصر ، موجودة فى الحق سواء تم الاعتداء عليه أو لم يتم ، فالحق يوجد رغم الاعتداء عليه ، كما ان الحق بذاته غير كاف لقيام الدعوى ، حيث لا تكون هناك مصلحة ن الحكم له بطلباته ، فلا تقبل مثلا دعوى الدائن العادى أو المرتهن المتأخر فى المرتبة ، ببطلان اجراءات توزيع قيمة العقار على الدائنين المرتهنين السابقين عليه فى المرتبة ، لأنه حتى ولو حكم ببطلان هذه الاجراءات ، فلن ينال المدعى شيئا من قيمة العقار المبـــاع نظرا لاستغراق حقوق الدائن المرتهن السابق فى المرتبة لكل قيمة العقار . ومن هنا فلا مصلحة للدائن العادى أو الدائن المرتهن المتأخر فى المرتبة ، فى طلب بطلان التوزيع ، رغم انه صاحب حق (١٩) .

٣١٣ - من كل ما تقدم يتضح أنه لابد من توافر مصلحة معينـــة للمدعى ، حتى ينشأ له الحق فى الدعوى ، أى حتى تقبل دعواه ، ويكون

---

(١٦) عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق ص ٥٥ - ٥٦ .

(١٧) كيوفندا - مبادىء ص ١٥٥ .

(١٨) انظر كوستا بند ٢٠ ص ٢٨ .

(١٩) نقض ١٩٧٤/٤/٣٠ س ٢٥ ص ٧٨٤ . وانظر فى تعـــريف المصلحة فى قضاء النقض فى الطعن ٢٠١٥ لسنة ٥٤ق نقض١٩٨٨/١٢/٢٨

له الحق فى الحصول على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه ، فاذا لم تكن له المصلحة ، أى لم تكن هناك فائدة معينة ، يمكن أن تعود عليه من الحكم له بطلباته - على فرض صحتها - فلا يكون هناك مبررا لأن تسمع دعواه (٢٠) . فلا يتصور وجود انسان طبيعى عاقل يمكن أن يلجأ الى القضاء ، ويتكبد بناء على ذلك نفقات . ومشقة فى تكرار الحضور الى المحكمة لمتابعة سير الدعوى ، دون ان يكون له هدف يسعى اليه ، وفائدة يرمى الى تحقيقها . الا أن ذلك لا يعنى أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى لابد وأن يحقق له هذه المصلحة ، فقد يصدر الحكم رغم ذلك فى غير صالح المدعى ، اذا ما أظهر التحقيق الذى أجرته المحكمة ، وبناء على ما تكشف لها أن المدعى غير محق فى دعواه . وهذا ما يؤكد أن مسألة قبول الدعوى شىء ، والحكم فى موضوعها شىء آخر . فالمصلحة شرط لقبول الدعوى ، أى لمجرد سماعها أمام المحاكم ، ولهذا يلزم توافر هذه الشروط لكى نعرف ما اذا كانت الدعوى جديرة بأن تسمع قضائيا أم لا ، وهذه مسألة سابقة ، واولية على الفصل فى موضوعها . والمصلحة بالمعنى المتقدم ليست شرطا لقيام الحق فى الدعوى وقبولها فحسب ، بل هى شرط لوجود الحق فى عرض اى طلب أو دفع أمام القضاء ليحصل على حكم من القضاء بشانه (٢١) . فلا يقبل الدفع ، أيا كان ، شكليا أو موضوعيا أو بعدم القبول الا اذا كان لرافعه مصلحة فى ابدائه ، كما لا يقبل الطعن فى الحكم الا ممن كانت له مصلحة فى الغاء هذا الحكم (٢٢) .

---

(٢٠) أحمد أبو الوفا - بند ١٠١ ص ١٠٥ - ١٠٦ . رمزى سيف بند ٧٧ ص ١١١ . وقد وصف الفقيه الايطالى ردننى بأن المصلحة فى الدعوى ما هى الا مصلحة اجرائية ، وسيلية واحتياطية بالنسبة للمصلحة الموضوعية الأولية ج ١ ص ٤١ - بند ١٤ وانظر ميكيلى ج ١ ص ٢١ .

(٢١) فالطعن بصورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة « نقض ١٩٧٤/١/٢٢ س ٢٥ ص ٢١٨ » . فليس للطاعن تعييب الحكم بدفاع لا مصلحة له فيه - نقض ١٩٨٨/١/١٧ فى الطعن ٩١٤ لسنة ٥٤ ق - نقض ١٩٨٨/٣/٢٣ فى الطعن ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق .

(٢٢) لا يكفى فيمن يختصم فى الطعن أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بل يجب أن تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم حين صدوره (نقض ١٩٧٤/٣/٢٨ س ٢٥ ص ٦١٢) ، نقض س ٢٦ ص ٦٧٥ . ١٩٧٥/١٢/٣ س ٢٦ ص ١٥٣٧ .

الفرع الثانى

شروط المصلحة

٣١٤ - شرطان :

« لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون .. » (م ٣ مرافعات) . من هذا يتضح أن المصلحة التى تعد شرطا لقبول الطلب أو الدفع أمام القضاء يجب أن يتوافر بشأنها أمران هما : أن تكون المصلحة قانونية ، وأن تكون قائمة ، ونحدد فيما يلى المقصود بهذين الشرطين :

أولا - قانونية المصلحة

٣١٥ - المقصود بقانونية المصلحة :

يعبر جانب من الفقه (٢٣) على هذا الشرط بأن يستند صاحبها على حق أو مركز قانونى ، فالدعوى فى رأيهم تفترض لوجودها سبق وجود الحق أو المركز القانونى ، وقد سبق أن عرضنا لهذا الرأى وما يرد عليه من انتقادات ، اذ ليس بشرط لقبول الدعوى أن يكون رافعها هو صاحب الحق الموضوعى ، وان يثبت ذلك قبل رفع الدعوى ، فالدعوى ترفع بقصد تأكيد وجود الحق أو نفى هذا الوجود . وهذا لا يتأتى الا بعد الفصل فى موضوع الدعوى التى افترض قبولها قبل ذلك ، وانما المقصود بقانونية المصلحة l'intérêt juridique ou légitime ou légal أن يتمسك رافعها بحق او مركز قانونى ، أى أن يكون موضوعها مجرد ادعاء بحق أو بمركز

---

(٢٣) عبد المنعم الشرقاوى - رسالة - بند ٥٣ ص٥٧٠ ابو الوفا - بند ١٠٣ - أحمد السيد صاوى - ص ٤٤ بند ٣١ - فنسان بند ٢١ ص ٤٠ . جولى اندريه ص ٨٧ بند ٩٩ . وانظر فى هذا الشرط بوليارد - ص ٢٩ بند ٢٩ ، ٣٠ . وانظر سوليس وبيرو ج ١ اللذان يقرران أن القول بعدم قانونية الدعوى يعنى فى الوقت ذاته عدم وجود الحق المدعى به ، الأمر الذى يستوجب ، فى نظرهما أن تحكم المحكمة برفض الدعوى وليس بعدم قبولها فى هذه الحالة . أنظر بند ٢٢١ ص ١٩٦ ، بند ٢٢٨ ص ٢٠٤ .

قانونى (٢٤) ، دون أن يتأكد القاضى من وجـود الحق أو المركـز القانونى وهو بصدد الفصـل فى مسألة قبولهـا ، لأن ذلك لن يتأكد الا بصدور حكم القاضى . وانما المقصود بهذا الشرط هو أن يتأكد القاضى – بفرض صحة ما يدعيه الخصوم – من أن ما يدعيه المدعى مما يحميه القانون بصفة مجردة ، أو يعترف به . وعلى ذلك فيكون دور القاضى عند بحثه فى مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى ، هو البحث فيما اذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون ، تحمى ما يدعيه المدعى ، أم لا ؟ . فان وجد القاضى ، بفرض صحة ما يدعيه المدعى ، أن هناك قاعدة قانونية تحميه ، كانت الدعوى لذلك مقبولة نظرا لقانونيـة المصلحة ، وان لم يجد القاضى قاعدة تحمى ما يدعيه المدعى ، فانه يحكم بعدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة ، دون أن يتطـرق لبحث موضوع ما يدعيه هذا المدعى (٢٥) .

واذا توافر هذا المعنى فى المصلحة ، فلا اهمية بعد ذلك لما اذا كانت المصلحة المدعى بها مصلحة مادية أو أدبية ، فمن الممكن المطالبة بتعويض عن الأضرار الأدبية التى لحقت المدعى بسبب سب أو قذف ، أو بسبب مقال نشره صحفى يتضمن مساسا بسمعة المدعى (٢٦) .

---

(٢٤) وجدى راغب – مبادىء القضاء . ص ٩٤ – محمد كمـال عبد العزيز ص ٤٧ تقنين المرافعات فى ضوء القضـاء والفقـه ١٩٧٨ عبد الباسط جميعى – مبادىء ص ٣١٦ .

ابراهيم نجيب – ص ١٤٨ بند ٥٥ .. كورنى وفوبيه . ص ٣٧ .
" n'est pas nécessairement préten'ion bien fondée, juridiquement fondée ".

(٢٥) ابراهيم سعد – ص ١٤٩ بند ٥٥ . وجدى راغب – مبادىء الخصومة ص ١١٩ . محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧ . كورنى وفوبيـه ص ٣٧ . وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه « لا يلزم ان يثبت الحـق (للمدعى) حتى تقبل دعواه ، بل يكفى أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء » نقض ١٩٦٩/٦/١٧ س ٢٠ ، ص ٩٧٠

(٢٦) عبد الباسط جميعى – مبادىء ص ٣١٧ – ٣١٩ . محـمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٧٥ – ٥٧٦ بند ٤٥٠ احمد السيد صـاوى ص ٤٥ . ويذهب رأى الى القول بأن المصلحة التافهة ليست كافية لرفـع الدعوى احمد مسلم – ص ٣١٨ . ولكن الرأى الصحيح ان المصلحة ايـا =

نخلص الى أن الفصل فى مسالة قبول الدعوى ، هو فصل فى مسألة قانونية بحتة ، وهى البحث عن القاعدة القانونية التى تحمى المصلحة محل الادعاء ، دون التطرق الى البحث فى حقائق هذه المصلحة وما اذا كانت تقوم على أساس أو لا تقوم على أى أساس . فهو فصل فى مسألة سابقة على هذه المرحلة ، أى على الفصل فى الموضوع .

وتظهر الحكمة من اشتراط قانونية المصلحة فى أن القضاء انما يقوم بوظيفة محددة ، هى حماية النظام القانونى فى الدولة ، وهذا النظام لا يتحقق الا بحماية الحقوق والمراكز التى يحميها القانون ، ومن هنا كان لابد أن يكون كل ما يعرض على القضاء من تلك الحقوق والمراكز التى يحميها القانون ، فاذا كانت من المصالح التى لا يقرر المشرع حماية لها ، فلا يكون هناك مبررا لنظرها من جانب القضاء حرصا على وقته (٢٧) . لأن البحث فيها يتجاوز وظيفة القضاء .

٣١٦ - أمثلة تكون الدعوى فيها مقبولة لعدم قانونية المصلحة :

ونسوق أمثلة تكون الدعوى فيها غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة بالمعنى المتقدم ، اى لعدم وجود قاعدة قانونية تحمى هذه الأنواع من المصالح :

٣١٧ - (١) الدعاوى غير المشروعة :

وهى تلك الدعاوى التى يطالب فيها المدعى بتحقيق مصلحة غير مشروعة أى مصلحة لا يحميها القانون ، اما لمخالفتها للنظام العام أو الآداب .

=

كانت جدية أو تافهة ، تكون كافية لقبول الدعوى طالما التزامنا الاصل العام المعروف بعدم جواز التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليه فى المادة الخامسة من القانون المدنى .

أنظر ابراهيم سعد ص ١٥٠ هامش (٢) احمد أبو الوفا ص ١٠٧ بند ١٠٣ هامش (٣) . أنظر سوليس وبيرو جـ ١ ص ٢٠١ بند ٢٢٧ . عبد المنعم الشرقاوى ص ٨٥ وما بعدها . والمصلحة الأدبية - ص ٩٧ وما بعدها .

(٢٧) رمزى سيف - بند ٧٦ - ص ١١٠ .

مثل الدعوى التى يرفعها المدعى مطالبا بالزام المدعى عليه بدفع دين قمار . أو الدعوى التى ترفعها خليلة للمطالبة بتعويض من المسئول عن وفاة خليلها . وكذلك الدعوى التى يرفعها المدعى بالزام المدعى عليه بدفع فوائد ربوية ولو كان متفقا عليها . اذ تكون المصلحة فى كل هذه الدعاوى غير قانونية نظرا لأنه لا توجد فى قواعد القانون المصرى ما يحمى هذه المصالح .

٣١٨ - (٢) الدعاوى الملوثة :

وهى تلك الدعاوى التى يطالب المدعى فيها باسترداد ما دفعه لآخر ، بناء على اتفاق بينهما ، يعد من جانبه منافيا للآداب العامة (٢٨). ومن أمثلتها طلب الراشى استرداد - الرشوة من المرتشى ، أو طلب الخليل استرداد ما دفعه لخليلته مقابل استمراره معها فى علاقة آثمة . فهل تقبل هذه الدعاوى أم لا ؟

من الملاحظ أن هذه الطلبات طلبات مشروعة فى ذاتها ، لأن المدعى لا يطالب بأكثر مما دفعه بناء على عقد باطل ، ومن المعروف ان العقد الباطل عدم ، والعدم لا أثر له . ويجب اعادة أطرافه الى الحالة التى كانا عليها قبل ابرام هذا العقد الباطل ، وخاصة ان طلب استرداد هذه المبالغ لا يتعارض مع النظام العام أو الاداب العامة . الا ان هنـــاك قاعدة رومانية قديمة تقول أنه « لا يجوز للشخص الملوث ان يحتج بعمله الشائن أمام القضاء » (٢٩) . وقد قنن القانون المدنى الايطالى هذه القاعدة فى المادة ٢٠٣٥ منه بقوله « ان من أدى التزام لتحقيق غاية تعد من جانبه ماسة بالآداب العامة ، فلا يسترد ما دفعه » (٣٠) . ولهذا

---

(٢٨) أنظر وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١٢٠ وما بعدها . مبادىء القضاء ص ٩٦ .

(٢٩) " nemo auditur proprium turpitudinem allengans ".

(٣٠) ونصها كالآتى :

" chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume, non puo' ripetere quanto hapagato ".

فلا تقبل هذه الطلبات فى القانون الايطالى . فهل تقبل هذه الطلبات فى قانوننا ؟ لم يتضمن القانون المصرى ولا حتى الفرنسى (٣١) ، نصا يقابل نص المادة ٢٠٣٥ من القانون المدنى الايطالى ، الأمر الذى أدى الى الخلاف الفقهى حول هذه المسألة (٣٢) .

وقد تعرضت القاعدة الرومانية للنقد من أكثر من وجه ، فقد وجه اليها أولا قصورها على الاتفاقات الباطلة لمخالفتها للآداب ، ولم يطبقها القضاء بالنسبة للاتفاقات المخالفة للقانون ، ثم ان اعمالها من شأنه أن يضيف فحشا الى فحش ، لأن مشترى منزل الدعارة لا يستطيع الاسترداد ، وبالتالى فيكون لبائع منزل الدعارة الذى لم يسلمه الاحتفاظ به واستبقاء الثمن الذى دفعه المشترى ، وبذلك يضاف فى الواقع عدم مشروعية جديد الى عدم مشروعية العقد . ثم ان اعمال هذه القاعدة أيضا يؤدى الى نتيجة غير منطقية وهى احتفاظ الطرف الآخر بما تسلمه بدون سبب ، الأمر الذى يجعله يثرى بدون سبب . ثم ان هذه القاعدة أخيرا تتنافى مع منطق البطلان الذى من شأنه اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ،

---

(٣١) وان كان القضاء الفرنسى قد جرى على تطبيقها فى الكثير من احكامه بالرغم من عدم النص عليها (أنظر أسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - جـ ١ - ١٩٦٦ ص ٢٩٩ بند ١٤٧ . عبد الرزاق السنهورى نظرية الالتزام بوجه عام ١٩٦٦ ص ١٩٩ بند ٢١٦ . عبد الحى حجازى - موجز النظرية العامة للالتزام - جـ ١ ص ١٩٥٥ بند ٤٩٣ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزامات - جـ ١ سنة ١٩٦٨ ص ٤٠٣ بند ٢٩٢ . محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام - جـ ١ هامش (٤) ص ٢٧٦ - ٢٧٩ وفيه اشارات لمؤيدى هذا المبدأ فقها وقضاء وكذلك من أنكروه .

(٣٢) خاصة أن مشروع القانون المدنى المصرى كان قد تضمن نصا مؤداه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب العامة أن يسترد ما دفعه الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . ثم حذف هذا النص من المشروع النهائى للقانون لأنه لا يتمشى مع منطق البطلان الذى يقضى باعادة الشىء الى أصله ، أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ ص ٢٥٨ .

الأمر الذى يوجب استرداد كل منهما ما أوفى به ورد ما تسلم من أداءات (٣٣) .

ورغم هذه الانتقادات التى وجهت الى القاعدة الرومانية ، فان الكثير من تشريعات العالم تأخذ بها (٣٤) ، وأن هناك من يؤيدها فى الفقه المصرى ، رغم عدم النص عليها ، نظرا لأن هذه الفكرة انما تعد تعبيرا عن سياسة أخلاقية فى قبول الدعاوى ، وهى أن الشخص الملوث ليس جديرا بحماية القضاء له ، كما لا يجب أن تدنس ساحات المحاكم المقدسة بدعاوى ملوثة (٣٥) ولهذا فان الدعاوى التى تستند على هذه المصالح الملوثة ، تكون غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة ، وحقا كما قيل بأن القانون اذا كان ينص على عدم سماع دعوى الزوجية - عند الانكار - الا بورقة رسمية ، فانه من باب أولى لا تسمع الدعوى التى يكون أصل الحق فيها علاقة غير مشروعة . خاصة أن اعمال هذه القاعدة من شأنه أن يؤدى الى احجام الأفراد عن الدخول فى اتفاقات منافية للآداب العامة . ومن هنا يتضح ان لهذه الفكرة الرومانية هدفا وقائيا (٣٦) .

---

(٣٣) أنظر فى هذه الانتقادات . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق ص ٤٠٥ - ٤٠٦ . اسماعيل غانم ص ٢٩٩ - ٣٠٠ عبد الحى حجازى - بند ٤٩٤ ص ٣٤٣ ، عبد الرازق السنهورى - الموجز ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٣٤) مثل المادة ٨١٧ من القانون الألمانى ، والمادة ٦٦ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١١٧٤ من القانون النمساوى والمادتين ١٣٠٥ - ١٣٠٦ من القانون الاسبانى ، والمادتين ٦٧١ - ٩٧٢ من القانون البرتغالى (أنظر جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٧٨ هامش . وانظر دراسة تحليلية لهذه الفكرة فى عبد المنعم الشرقاوى المصلحة ص ٧٢ وما بعدها .

(٣٥) وجدى راغب - مبادىء القضاء ص ٩٧ ، كما كان القضاء الفرنسى مستقرا على الأخذ بها ، وكذلك القضاء المصرى بالرغم من عدم وجود نص فى القانون الفرنسى أو المصرى يقرر الأخذ بهذه القاعدة (انظر فى هذا القضاء - محمود جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٧٧ - ٢٧٨) .

(٣٦) وجدى راغب - المرجع السابق ص ١٢٢ ، مبادىء القضاء ص ٩٧ ، ٩٨ عبد المنعم الشرقاوى - المصلحة بند ٧٤ ص ٧٣ .

ولا يجوز الاستناد الى الأعمال التحضيرية لرفض الأخذ بهذه الفكرة لأن الاعمال التحضيرية ليست ملزمة كأصل عام ، كما لا يحول عدم النص فى القانون عليها دون الأخذ بها ، لأنها قاعدة أخلاقية تمليها قواعد العدالة ومبادىء **القانون الطبيعى** .

ولا نملك الا أن نؤيد الرأى القائل بعدم قبول الدعاوى الملوثة ، بشرطين ، أولهما أن تكون العلاقة الأصلية منافية للآداب العامة ، فان كانت مخالفة للقانون فيمكن الرجوع بشأنها للقواعد العامة فى مناطق البطلان (٣٧) ، وثانيهما أن يكون المدعى هو المتسبب فى الاتفاق الملوث بارادته ، فان كان قد اضطر ـ تحت ضغط حاجة مشروعة ـ الى الدخول فى هذه العلاقة المنافية للآداب ، فلا يعد ملوثا وبالتالى تقبل دعواه فى هذا الخصوص لاسترداد ما اضطر الى دفعه ، مثل من اضطر الى دفع فوائد ربوية ، أو من اضطر الى دفع مبلغ « كخلو رجل » لاستئجار سكن له (٣٨) .

٣١٩ ـ (٣) المصالح الاقتصادية أو الأدبية البحتة :

اذا كانت الدعاوى غير المشروعة او الملوثة لا تكون مقبولة لعدم قانونية المصلحة فيها ، فان الدعاوى التى يكون لصاحبها فيها مجرد مصلحة اقتصادية أو أدبية بحتة ، لا تكون أيضا مقبولة ، لعدم قانونية هذه المصالح (٣٩) ، فالمشرع لا يحمى مثل هذه المصالح ، وعلى ذلك

---

(٣٧) أنظر فى هذا . وجدى راغب ـ الاشارة السابقة . حشمت ابو ستيت ـ الالتزامات ١٩٤٤ ص ١٩٢ بند ٢٦٠ .

(٣٨) وجدى راغب ـ الاشارة السابقة . وهناك من خلص الى أن « المدعى اذا رفع دعواه مستندا الى مصلحة مخالفة للقانون مطالبا بتنفيذ العقد المنافى للآداب أو للنظام العام فان دعواه تكون غير مقبولة . أما اذا كان يطالب بالغاء العقد غير الشرعى أو استرداد ما دفع بدون وجه حق ، فيكون المدعى صاحب مصلحة مشروعة وعلى القضاء أن يقبل دعواه » عبد المنعم الشرقاوى ـ نظرية المصلحة ص ٧٨ بند ٧٩ .

(٣٩) عبد المنعم الشرقاوى ـ المصلحة فى الدعوى ص ٦١ وما بعدها بند ٦١ وما بعده . رمزى سيف بند ٧٨ ص ١١٣ ابو الوفا ـ بند ١٠٣ ص ١٠٧ . وجدى راغب ـ ص ١٢٠ ، عبد الباسط جميعى ـ ص ٣١٦ موريل بند ٢٩ . نقض مدنى ١٩٨٨/١٢/٢٨ فى الطعن ٢٠١٥ لسنة ٥٤ ق نقض ١٩٨٧/٦/١٤ فى الطعن ١٤٥٥ لسنة ٤٣ ق .

فلا تقبل دعوى التاجر بحل شركة تجارية منافسة له فى تجارته ، لبطلان وقع فى عقد تأسيسها ، وكذلك الدعوى التى يرفعها تاجر للمطالبـــــة بتعويض له عند قتل عميل له كان يحقق من وراء تعامله معه ربحا ما . وكذلك الدعوى التى يرفعها من انقطعت عنه اعانة أو نفقة كان يتلقاها من شخص توفى فى حادث ، بطلب الحكم له بتعويض على من تسبب فى الوفاة ، وذلك اذا كان المتوفى لم يكن ملتزما بهذه الاعانة أو النفقة التى كان يدفعها للشخص الذى يرفع دعوى التعويض (٤٠) . كذلك لا تقبل دعوى العامل بزيادة أجره بسبب ارتفاع الاسعار (٤١) .

واذا كانت المصلحة الاقتصادية البحتة لا ترقى الى المصلحة القانونية التى تبرر قبول الدعوى للمطالبة بها فان المصلحة الأدبية البحتة ، لا تكون كافية لقبول الدعوى للمطالبة بها ، مثل الدعوى التى ترفعها فتاة لالزام خطيبها بالزواج منها نظرا لعمق العلاقات التى نشأت بينهما أثناء فترة الخطبة . أو الدعوى التى يرفعهـــــا المطلق ببطلان عقـــــد زواج مطلقته بآخر (٤٢) .

٣٢٠ - (٤) الدعاوى الاستفهامية : Action interrogatoire

قد يعطى القانون شخصا معينا حق الخيار بين امرين خـــلال فترة محددة . فيقوم شخص آخر برفع دعوى على من له الخيار قبل انقضاء

---

(٤٠) أنظر فى مناقشة هذا الموضوع - عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى ص ٦٣ وما بعدها بند ٦٣ وما بعدها . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد اصدرت حكما فى أول يونيو سنة ١٨٩٨ قررت فيه « أن الأخت وان لم يكن لها حق قانونى فى النفقة عليها من أخيها المتوفى ، الا أن نظام حياتها جرى على هذا الأساس ، فوفاته سببت لها ضررا مؤكدا ومباشرا ، اذ حرمتها من المورد الوحيد الذى كانت تعتمد عليه فى حياتها ، ولولا هذا الحادث ما كانت تحرم من انفاقه عليها .. ولذلك يكون لهـــا مصلحة قانونية فى دعوى التعويض عن الضرر الذى أصابها بسبب هـذا الاعتداء » أنظر الحكم فى عبد المنعم الشرقاوى - ص ٦٥ بند ٦٤ .

(٤١) وجدى راغب . الاشارة السابقة .

(٤٢) نقض ١٩٨١/٢/١٧ ، س ٣٢ - ١٠٤ - ٥٤٤

المدة المحددة له ، يطلب منه تحديد اختياره فورا ، أى قبل انقضاء المدة التى تركها المشرع له . مثال ذلك : ما يخوله القانون المدنى للقاصر الذى بلغ سن الرشد حق اجازة العقد الذى أبرمه أو التمسك ببطلانه خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد . فيقوم المتعاقد مع القاصر برفع دعوى عليه بعد بلوغه سن الرشد مباشرة يطلب منه تحديد موقفه من العقد ، اما بالاجازة أو بالبطلان . وتعرف هـــذه الدعوى بالدعوى الاستفهامية . فهل تقبل هذه الدعوى أم لا ؟ من غير المشكوك فيه أن المتعاقد مع القاصر له مصلحة فى هذه الدعوى ، وهى المصلحة فى الاستقرار بشأن مصير هذا العقد ، حتى يستطيع تدبير أموره وتصرفاته على ضوء هذا الموقف . الا ان الرأى الراجح فقها وقضاء (٤٣) يجرى على عدم قبول هذه الدعوى لأنها تتضمن اعتداء على حق الشخص الذى له الخيار فى دراسة الموقف قبل اتخاذه خلال الفترة التى منحهـا له القانون . ويرجع عدم القبول فى هذه الحالة الى عدم قانونية المصلحة ، لان القانون لا يخول المتعاقد مع القاصر حق الزام الاخير بالخيار فور بلوغه سن الرشد مباشرة (٤٤) .

ثانيا ــ واقعية المصلحة

٣٢١ ــ المقصود بواقعية المصلحة :

لا يكفى أن تكون المصلحة قانونية ، بالمعنى المتقدم حتى تقبل الدعوى ، أى ينشأ الحق فيها ، وانما يلزم أيضا أن تكون واقعية ، أى ان تكون بتعبير المشرع (قائمة) فاذا لم تكن المصلحة كذلك ، فلا تكفى

---

(٤٣) عبد المنعم الشرقاوى ــ شرح المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥٠ بند ٣١ ص ٤٥ . وانظر رسالته فى نظرية المصلحة فى الدعوى ــ ص ٢٣٨ وما بعدها . محمد حامد فهمى ص ٣٦٤ ــ احمد أبو الوفا بند ١١٢ وقارن أحمد مسلم بند ٣٠٣ ص ٣٢٥ ــ ٣٢٦ ؛ جلاسون وتيسييه ج ١ بند ١٨٠ جارسونييه ج ١ بند ٣٦١ .

(٤٤) وجدى راغب ــ ص ١٢٣ ــ قارن احمد مسلم بنـــد ٣٠٣ ص ٣٢٥ ــ ٣٢٦ .

لقبول الدعوى وان كانت قانونية . والمقصود بالمصلحة القـــائمة أو الواقعية l'intérêt actuel (٤٥) بأنها الفائدة العملية التى تعود على المدعى من الحكم له بطلبـــاته . فلا يكفى ان يتمســك المدعى بحق أو مركز قانونى ، وانما لابد أن يكون هناك مبرر واقعى للحصول على حماية القضاء . وبديهى أن الفرد لا تقوم به الحاجة الى الالتجـاء الى القضاء اذا لم يكن قد تم الاعتداء على حقه او مركزه القانونى ، ولم يهدد بالاعتداء عليه ، وعلى ذلك فلا تظهر المصلحة الواقعية الا عند الاعتداء على الحق أو المركز القانونى - على فرض وجوده - أو التهديد بالاعتداء عليه . لأنه فى هذه اللحظة تنشأ له الحاجة الى الحمـــاية القضائية ، طالما هو ممنوع من حماية حقه بنفسه ، لأنه اذا لم يلجا الى القضاء بقصد الحصول على حمايته ، فان ضررا معينا يلحق به وهذا هو المقصود بواقعية المصلحة .

l'interesse ad agire consiste inquesto, che senza l'intervento degli organi giurisdizionali, l'attore soffrirebbe un danno (٤٦)

:

نخلص الى أن المصلحة الواقعية تتمثل فى الضرر الذى يقع على المدعى اذا لم يحصل على حكم من القضاء ، وأن من شأن هذا الحكم - بفرض صحة ما يدعيه المدعى - أن يزيل هذا الضرر . بمعنى أن تكون هناك فاعدة عملية تعود على المدعى من الحكم له بطلباته ، يكون محروما منها قبل الحكم ، ويتحقق القاضى من ذلك ببحثه - بافتراض صحة

---

(٤٥) وجدى راغب - الخصومة ص ١٢٣ . ابراهيم سعد ص ١٥ . بوليارد - بند ٣٤ ص ٣٢ . انظر فنسان وفيشار بند ٢٧ ص ٤٩ - ٥١

(٤٦) كيوفندا - مبادىء ص ١٥٥ . كوستا بند ٢٠ ص ٢٨ . لبيمان - موجز بند ١٤ ص ٤١ - ٤٢ .

Luogo andrea, manuale di diritto processuale civile, Giuffré, 1960 p. 19. No 9.

وانظر دراسة موسعة فى المصـــلحة - اوجو روكو - مطوله ج ١ ص ٣١٨ - ٣٥٠ . وانظر ابراهيم سعد ص ١٥١ . وجدى راغب - ص ١٢٤ وما بعدها - فتحى والى ص ٧١ . عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى ص ١٢٥ بند ١١١

ما يدعيه المدعى من حيث الواقع والقانون - فى هل يؤدى الحكم للمدعى بطلباته الى تحقيق فائدة له أم لا ؟ فان تأكد القاضى من ذلك كانت الدعوى مقبولة وجديرة بأن ينظر فى موضوعها ، واذا انتهى القاضى الى عدم وجود هذه الفائدة كانت الدعوى غير مقبولة لعدم واقعية المصلحة (٤٧) .

على أنه لا يشترط أن يكون قد وقع اعتداء بالفعل على الحق أو المركز القانونى المدعى - على فرض وجوده - حتى تنشأ المصلحة الواقعية ، فقد توجد حتى قبل وقوع الاعتداء ، اذا كان هناك تهديد بالاعتداء على الفعل أو المركز القانونى ، فتنشأ المصلحة الحالة لازالة هذه الأضرار المحتملة . وفى ذلك تنص المادة ٣ مرافعات على أنه « لا يقبل أى طلب او دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » .

ويذهب الفقه التقليدى (٤٨) الى أن المصلحة التى تبرر قبول الدعوى هى المصلحة القائمة والحالة l'intérêt né et actuel أما المصلحة المحتملة فلا تبرر رفع الدعوى الى القضاء الا فى الحالات التى نص عليها المشرع .

---

(٤٧) وجدى راغب - مبادىء الخصومة - ص ١٢٤ - مبادىء القضاء ، ص ٩٨ - ٩٩ .

(٤٨) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٣٢٠ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب العشماوى - جـ ١ ص ٥٧١ - ٥٧٢ بند ٤٤٨ عبد المنعم الشرقاوى - شرح بند ٢٨ ص ٣٩ وما بعدهما . أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ص ١١١ وما بعدها . أحمد مسلم - اصول - بند ٢٩٧ ص ٣١٩ . رمزى سيف ص ١٢٢ وما بعدها بندى ٨٧ و ٨٨ وما بعدهما . أحمد السيد صاوى ص ٥٤ وما بعدها .

الا أننا لا نرى ما رآه الفقه التقليدى ، ونذهب مع من ذهب (٤٩) الى أنه يلزم لقبول الدعوى فى جميع الأحوال ، توافر المصلحة القائمة والحالة ، فالمصلحة تعنى الحاجة الى حماية القضاء ، فاذا لم تنشأ هذه الحاجة ، فلا ينشأ الحق فى الدعوى ، وبالتالى لا تقبل الدعوى . وليس هناك ما يمكن تسميته « بالمصلحة المحتملة » الواردة فى سياق نص المادة الثالثة ، فالاحتمال لا يرد على المصلحة ، وانما يرد على احتمال وقوع الضرر . وعلى هذا فان التعبير الوارد فى سياق النص « بالمصلحة المحتملة » تعبير غير دقيق . فالقضاء لا يعمل الا اذا كانت هناك حاجة فعلية وحالة للحصول على حمايته . ويمكن تفسير نص المادة الثالثة من قانون المرافعات بأنه يتعلق بنوعى الضرر الممكن حدوثهما . ضرر حال وهو الذى يتحقق بالاعتداء على الحق المدعى به ، وضرر محتمل الوقوع ، وهو الذى يتحقق بالتهديد بالاعتداء على الحق . ونبين فيما يلى صورتى الضرر كأساس لتحديد المصلحة الواقعية :

١ ــ الضرر الحال ــ الاعتداء على الحق

٣٢٢ ــ المقصود بالضرر الحال :

يقصد بالضرر الحال ، الاعتداء الفعلى على الحق أو المركز القانونى المدعى ، والذى ينتج عنه حرمان صاحب الحق من الانتفاع بمزايا حقه (٥٠) ، فهنا تنشأ له مصلحة قائمة وحالة فى ازالة هذا الاعتداء واصلاح الضرر الذى تم . أما اذا لم يقع اعتداء على الحق ، اى لم يقع الضرر ، فلا مصلحة فى رفع الدعوى الى القضاء ، وعلى ذلك

---

(٤٩) فتحى والى ــ قانون القضاء المدنى بند ٥٨ ص ١٢٧ ــ الوسيط ص ٨٢ . ابراهيم سعد ــ ص ١٥٣ وجدى راغب ــ مبادىء الخصومة ــ ص ١٢٤ . عبد المنعم الشرقاوى ــ نظرية المصلحة فى الدعوى ، حيث يقرر أن المصلحة تتحقق ولو أن الضرر غير حال او غير واقع فى الحال أو فى المستقبل ، اذ أن شرط المصلحة الحالة لم يعد له الاعتبار الذى كان له من قبل اذ توسع القضاء فى تفسيره ص ١٢٦

(٥٠) فتحى والى ــ الوسيط ــ بند ٢٤ ص ٧١ ، وجدى راغب ص ١٢٥ ــ ١٢٦ ــ مبادىء الخصومة .

فلا تقبل دعوى الدائن بدين غير مستحق الأداء قبل حلول الأجل ، وكذلك لا تقبل الدعـــوى للمطالبـــة بحق معلق على شرط واقف ، لعـــــدم وجود الحق أصـــلا قبـــل تحقق الشرط حتى يتصور ثمة اعتداء عليه .

٣٢٣ ـ الضرر الحال شرط لقبول دعوى الالزام فحسب :

اذا كنا قد انتهينا الى ان الضرر الحال هو الذى ينتج عن الاعتداء الفعلى على الحق أو المركز القانونى ، والذى يترتب عليـــه حرمان صاحبه من الانتفاع بمزايا حقه ، الأمر الذى يستوجب تدخل القضـــاء لحمايته ، أى لازالة الاعتداء الذى تم واصلاح الضرر الذى نتج عنه ، عن طريق تطبيق جزاء القاعدة القانونية ء فيكون من الطبيعى ألا يشترط توافر هذا الشرط الا فى الدعوى التى يكون موضوعها تطبيق الجـــزاء القانونى ، بالزام المخالف للقانون بالكف عن الاعتداء وازالة ما ترتب عليه ، عن طريق الزامه باداء معين ، وهذه هى دعوى الالزام . فالحكم الصادر فى هذه الدعوى يتميز بان محله جزاء قانونى . وعلى ذلك فلا تقبل دعوى الالزام الا اذا كانت تستند على اعتداء فعلى على الحق المدعى ، والذى ترتب عليه ضرر فعلى يلزم لرفعه حكم بالالزام .

أما الدعاوى الأخرى ، التقريرية والمنشئة ، فلا يشترط لقبولهـــا حصول ضرر حال بالحق او المصلحة محل الادعاء ، او وقوع اعتداء فعلى على الحق او المركز القانونى (٥١) . ذلك لأن الدعوى التقريرية تعد

---

(٥١) وجدى راغب ـ الخصومة ص ١٢٧ ـ ١٢٨ . قارن فتحى والى . وابراهيم سعد حيث يذكران ان الاعتداء على الحق يتخذ صورا متعددة ، أو مظاهر مختلفة ، فقد يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التى يحصل عليها من حقه ، فيتدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية . وقد يتخذ مجرد اثارة الشك حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى ، فيتدخل القضاء (بحكم تقريرى) لازالة الشك حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى . وقد يتخذ الاعتداء ثالثا صورة تتطلب صدور قضاء يحدث تغييرا فى المركز القانونى القائم (دعوى منشئة) . فتحى والى ـ الوسيط ص ٧١ بند ٣٤ . ابراهيم سعد ص ١٥١ ـ ١٥٢ . وانظر نقد وجدى راغب فى هذا الصدد . الخصومة ص ١٢٧ هامش ٢٨ .

دعوى وقائية تستهدف منع الاعتداء على الحق ، وعلى ذلك فالشك حول وجود الحق أو عدم وجوده لا يعد اعتداء فعليا على الحق ، منتجا لضرر حال . وانما مجرد تهديد بالاعتداء عليه . أما الدعوى المنشئة فهى تلك التى يكون موضوعها حقا من الحقوق الارادية ، والتى يعترف بها المشرع للأفراد لاحداث تغيير معين بارادتهم المنفردة فى مركز من المراكز ، الا أنه فى حالات معينة يستلزم المشرع لاحداث هذا التغيير تدخل يحصل مقدما من القضاء . مثل الحق فى الشفعة والحق فى فسخ العقد والتطليق . .الخ. وعلى ذلك فمجرد ادعاء الحق فى احداث التغيير ، يعد حرمانا للشخص من احداث هذا التغيير بارادته ولذلك يلزم تدخل القضاء لاحداثه ، وبالتالى تكون هناك مصلحة حالة وقائمة لاحداث التغيير ، وهى متوافرة دائما فى هذه الحالات ، وبالتالى لا يلزم اثبات وقوع ضرر بالفعل أو اعتداء على الحق المدعى (٥٢) .

٣٢٤ ـ وقت تقدير توافر أو عدم توافر شروط الدعوى :

يثور الجدل الفقهى حل تحديد الوقت الذى يجب ان تتوافر فيه شروط حق الدعوى ، وعلى وجه الخصوص وقت حصول الضرر المنتج للمصلحة فى رفع الدعوى . هل هو وقت رفعها الى القضاء ام وقت الحكم فيها ؟

ـ يذهب رأى فى الفقه (٥٣) الى القول بوجوب الاعتداد بوقت رفع الدعوى وليس بوقت الحكم فيها ، فاذا رفعت دعوى للمطالبة بحق غير حال الأداء ، ثم حل أجل الدين بعد ذلك وقبل الفصل فى الموضوع ، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة .

---

(٥٢) وجدى راغب ـ مبادىء القضاء ، ص ١٠٣ ـ كوستا بند ٢٠ ص ٢٨ .

(٥٣) أحمد أبو الوفا ـ ص ١١٤ بند ١١١ ، يؤيده حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية صادر فى ١٨٩٧/٧/٢٢ . أشار اليه عبد المنعم الشرقاوى رسالة ص ١٧٦

ـ بينما يذهب القضاء المصرى (٥٤) يؤيده فى ذلك جانب من الفقه الى القول بأن العبرة هى بوقت نظر الدعوى وليس وقت رفعها ، فلو استوفت الدعوى شرائط قبولها بعد رفعها وقبل الحكم فيها ، كان على المحكمة أن تقضى فى موضوعها ، اذ لا يكون من العدل الحكم بعدم قبولها فى وقت يستطيع المدعى أن يرفع دعوى جديدة مقبولة (٥٥) . ولا يكون للمدعى عليه مصلحة فى اثارة الدفع بعدم القبول وذلك بعد حلول أجل الدين ، ومن المسلم به ان المصلحة هى أساس الدفع كما أنها أساس الدعوى (٥٦) .

وواقع الأمر ان ما ذهب اليه القضاء المصرى جدير بالتأييد فى نظرنا لان الدعوى هى حق الحصول على حكم فى الموضوع ، ومن ثم فشروط الدعوى هى شروط الحكم فى الموضوع وليست شروطا لرفع الدعوى ولذلك ينبغى توافرها وقت الفصل فى الموضوع لا وقت رفع الدعوى (٥٧) .

ب ـ الضرر المحتمل ـ التهديد بالاعتداء على الحق

٣٢٥ ـ المقصود بالضرر المحتمل :

يقصد بالضرر المحتمل ، الضرر الذى لم يقع بعد ، ولكنه قد يقع فى المستقبل ، وهو ما عبرت عنه المادة الثالثة من قانون المرافعات

---

(٥٤) نقض مدنى ١٩٦٧/٧/٢٥ س ١٨ ص ١٤٨٢ والأحكام التى أشار اليها عبد المنعم الشرقاوى ص ١٨٠ هامش ٢ ، ٣

(٥٥) عبد المنعم الشرقاوى ـ رسالة ص ١٧٩ بند ١٦٠ ، ص ١٨٠ بند ١٦١

(٥٦) عبد الباسط جميعى ـ مبادىء سنة ١٩٨٠ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤ .

(٥٧) وجدى راغب ـ ص ١٢٩ . كيوفندا ـ مبادىء ص ٩٨ . نقض مدنى ١٩٧٣/١/٢٥ س ٢٤ ص ١٠٨ وقضت فيه بأن المدعى اذا اكتسب صفة اثناء نظر الدعوى ، فيزول العيب الذى شاب صفته ابتداء .

واذا تحققت شروط قبول الدعوى وقت رفعها ثم زالت هذه الشروط وقت الحكم فيها تعين على القضاء الفصل بعدم قبولها (عبد المنعم الشرقاوى ـ رسالة ص ٤٠٨ بند ٣٧٤ ـ ٣٧٥ ؛ وجدى راغب ـ ص ١٢٩ ـ ١٣٠ ـ عكس ذلك أحمد أبو الوفا ـ ص ١١٨ هامش (١)) .

بالضرر المحدق . وهذا يفترض أن الحق أو المركز القانونى لم يقع عليه اعتداء بعد ، ولما كان الأمر كذلك ، أى أن اعتداء لم يقع بالفعل على الحق ، فمن المنطقى ألا تكون هناك مصلحة قائمة وحالة تبرر الالتجاء الى القضاء لدفع هذا العدوان ، ولكن اذا حدثت وقائع معينة من شأنها التهديد بالاعتداء على الحق ، ويكون من شان هذه الوقائع أن تؤدى الى احداث الضرر فى المستقبل ، أفلا يكون للمدعى فى هذه الحالة مصلحة فى الوقاية من هذا الضرر المحدق ؟ يجيب الفقه التقليدى (٥٨) على هذا التساؤل بأن المصلحة التى تبرر رفع الدعوى الى القضاء هى تلك المصلحة الحالة القائمة ، وهى ما تنشأ عن الاعتداء الفعلى على الحق . اما الحالة التى نحن بصددها فالأصل انه ليس للمدعى أن يرفع دعوى للوقاية من هذا الضرر المحتمل ، لانتفاء المصلحة الواقعية والحالة، الا فى الحالات التى ينص القانون عليها استثناء من هذا الأصل . فوظيفة القضاء فى رأيهم مجرد وظيفة علاجية ، فلا يتدخل القضاء قبل الاعتداء الحق لمنعه ، لأن ذلك يتجاوز وظيفة القضاء (٥٩) ، لان ذلك يدخل فى مهمة رجال الأمن (٦٠) .

الا أن الفقه الحديث (٦١) ، لا يحصر وظيفة القضاء فى هذه الوظيفة العلاجية ، وانما تتعدى ذلك الى الوقاية من الأضرار التى يمكن أن تلحق بالنظام القانونى ، فتدخل القضاء للوقاية من الأضرار المحدقة ،

---

(٥٨) أنظر ما سبق بند ٣٨ . وعبد الباسط جميعى — ص ٣٣١ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٥٧١ — ٥٧٢ أبو الوفا ص ١١١ وما بعدها . أحمد مسلم بند ٢٩٧ . رمزى سيف ص ١٢٢ . أحمد السيد صاوى ص ٥٤ .

(٥٩) أنظر فى عرض هذا الراى حمدى عبد الرحمن فى رسالته — الدعاوى الوقائية les actions préventives, Thése, paris, 1968. منشورة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . العدد الأول السنة ١٤ ص ١٤ .

(٦٠) عبد الباسط جميعى — مبادىء ص ٣٣١

(٦١) وجدى راغب — الخصومة ص ١٣٠ ومقال له بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١٥ بعنوان « نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات » ص ٢١٧ وما يليها .

أولى من تدخله لاصلاحها أو علاجها . خاصة أنه فى حالة الضرر المحتمل تنشأ الحاجة للحصول على الحماية القضائية ، وهذه الحاجة هى مصلحة قائمة وحالة ، وليست مصلحة محتملة ، وعلى ذلك فمن قامت به الحاجة الى الاستقرار ، لوقايته من الأضرار المحتملة ، من الأخطار التى تتهدد حقه أو مركزه القانونى ، تكون له مصلحة حالة وقائمة فى الوقاية منها ، وله أن يلجأ الى القضاء فى كل حالة تقوم به هذه الحاجة . ومن هنا ظهرت الدعاوى الوقائية les actions préventives (٦٢) ، وأصبحت ظاهرة تستعصى على الانكار ، وتكون هذه الدعاوى مقبولة متى قامت الحاجة الى رفعها ، حتى ولو فى غير الحالات التى ينص عليها القانون ، وهذا ما أكدته المادة الثالثة حين قالت « .. ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » . وحسم المشرع بذلك الخلاف القائم حول قبول أو عدم قبول الدعاوى الوقائية . وفى ضوء ذلك فليس صحيحا ما يردده الفقه التقليدى ويصر عليه من أن القاعدة فى قبول الدعوى هو وقوع ضرر حال ، ولا تقبل الدعاوى الوقائية الا استثناء فى الحالات التى يحددها المشرع . لأن الأمر لا يتعلق بقاعدة واستثناءات عليها (٦٣) .

ويمكن تصنيف الدعاوى الوقائية فى طائفتين هما : دعاوى الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدق (وهذه هى الدعاوى الوقائية العامة) ، ودعاوى يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، (وهذه هى دعاوى الأدلة) ، ونذكر فى عجالة تطبيقات الدعاوى الوقائية فى صورتيها فى نظامنا .

٣٢٦ - أولا - الدعاوى الوقائية العامة :

وتهدف هذه الدعاوى الى الوقاية من ضرر محدق ، أى وشيك الوقوع ، وعليه فلابد أن تستند لقبولها الى خطر داهم أى عاجل ، والذى

---

(٦٢) أنظر فى تفاصيل هذه الدعاوى . حمدى عبد الرحمن - الرسالة المشار اليها - سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣٠ ص ٢٠٦ - ٢٠٧

(٦٣) وجدى راغب - الخصومة ص ١٣٢

يمكن وقوعه فى أية لحظة نظرا لأسبابه القائمة بالفعل . ومن أمثلة هذه الدعاوى الوقائية ما يلى :

٣٢٧ — الدعوى التقريرية : Azione di mero accertamento

وهى الدعوى التى يكون موضوعها المطالبة بتأكيد وجود أو نفى حق أو مركز قانونى ، ويصدر فى هذه الدعوى حكما تقريريا (٦٤) مزيلا الشك القائم حول وجود أو عدم وجود هذا الحق أو المركز القانونى ، دون الزام المحكوم عليه بأداء معين ، ودون احداث أى تغيير فى الحق أو المركز القانونى المدعى . من أمثلة هذه الدعوى ، تلك التى يرفعها شخص لاثبات براءة ذمته ضد من يشكك فى براءتها ، والدعوى التى يرفعها وارث لاثبات صفته كوارث للمتوفى ضد من يشكك فيها ، ودعوى اثبات النسب ، وتلك التى ترفع بتقرير وجود أو نفى حق من الحقوق العينية ، أو تأكيد صحة أو بطلان تصرف من التصرفات .

واذا كان القانون المصرى ، شأنه فى ذلك شأن القانون الايطالى ، لم يتضمن نصا عاما يقرر صراحة قبول هذه الدعوى ، فليس معنى ذلك أنها ليست مقبولة فى قانوننا . اذ قد غدا امر قبولها مسألة تستعصى على الانكار (٦٥) ، استنادا لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، لأنهـــا تعالج عارضا من عوارض النظام القانونى وهو تجهيل المراكز القانونية ، مزيلة هذا التجهيل . فالمصلحة التى تبرر قبولها تعد مصلحة حالة وقائمة تتمثل فى الوقاية من الضرر المحدق بالحق أو المركز القانونى والذى ينتج عن الشك الذى قام بالفعل حوله ، فاليقين القانونى الذى يحققه

---

(٦٤) أنظر فى التطور التاريخى لهذه الدعوى . كيوفندا — نظم ج ١ بند ٥٩ ص ١٦٢ وما بعدها ، فتحى والى — الوسيط ص ١٣٣ وما بعدها ليبمان موجز ص ٦٢ — ٦٣ . زانزوكى ج ١ بند ١٠ ص ١٣٤ . كوســـــتا بند ٢٦ ص ٣٦ — ٣٩ . وجدى راغب مذكرات فى مبادىء القضاء المدنى ص ٥٤ سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣٣ .

(٦٥) وجدى راغب — رسالة ص ٣٥٥ . فتحى والى ص ١٣٥ . كيوفندا نظم ج ١ بند ٥٩ كوستا — الاشارة السابقة ، سوليس وبيرو بند ٢٣٣ ، حمدى عبد الرحمن — رسالة . مجلة العلوم س ١٤ ص ٩٤ — ٩٥ . عبد المنعم الشرقاوى رسالة ص ٢٠٢ بند ١٨٥ ابراهيم سعد ص ١٥٧ .

الحكم التقريرى يؤدى الى احجام الأفراد عن الاعتداء على الحق الذى يقرر وجوده .

ولكن يشترط لقبول الدعوى فى هذه الحالة أن يكون الشك الذى قام حول الحق أو المركز القانونى شك جدى ، تدل عليه مظاهر ملموسة خارجية ، فلا يكفى لقبولها مجرد الحالة النفسية التى تقوم بالمدعى ذاته تجعله يشك فى حقه أو مركزه القانونى (٦٦) .

٣٢٨ ـ (٢) الدعاوى الوقتية :

عرفنا أن وظيفة القضاء (٦٧) انما تتمثل فى حماية النظام القانونى من الأخطار التى تتهدده ، من العوارض التى تعترض نفاذه التلقائى ، وبتعدد هذه العوارض تتعدد صور الحماية القضائية (٦٨) . ومن بين هذه الصور الحماية الوقتية ، التى تتم عن طريق الدعاوى الوقتية التى يعترف القانون بوجودها ، ويحدد شروط واجراءات مباشرتها ، ويتمثل موضوع هذه الدعاوى فى مجرد اتخاذ تدابير وقتية ، أو اجـــراءات تحفظية ، وذلك وقاية من خطر التأخير ، فى الحصول على الحماية النهائية ، لما تتطلبه من وقت قد يطول ، واذا كان الحق المطلوب حمايته مهدد بخطر محدق (٦٩) .

وما يهمنا فى هذا المقام هو التأكيد على أن هذه الدعاوى الوقتيــة تعد صورة من صور الدعاوى الوقائية ، لأنها تستهدف منع وقوع الضرر النهائى الذى يتهدد الحق أو المصلحة ، وذلك بقصد الوصول الى الحماية

---

(٦٦) سوليس وبيرو ـ بند ٢٣٢ . عبد المنعم الشرقاوى ص ٢١٦ بند ١٩٩ . وجدى راغب ـ مبادىء الخصومة ـ ص ١٣٦ .

(٦٧) أنظر ما سبق بند ٣٩ ص ٨٠ وما بعدهما من هذا المؤلف .

(٦٨) أنظر بند ٤٨ ص ٩٥ وما بعدهما من هذا المؤلف .

(٦٩) أنظر ما سبق ص ١٠٤ بند ٥٥ وما بعدهما من هذا المؤلف . أمينة النمر ـ مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة رسالة ط ١٩٧٤ . وجدى راغب نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات =

النهائية لهذا الحق أو المركز القانونى . ولذلك نجد أن الدعوى الوقتية لا تقوم الا اذا توافر شرط الاستعجال وهو الذى يتمثل فى خطر التأخير أى خطر فوات الحماية الموضوعية للحق أو المركز القانونى .

٣٢٩ - (٣) دعوى وقف الأعمال الجديدة :

la dénonciation de nouvel e oeuvre

اذا كان القانون كأصل عام لا يحمى الا الحقوق والمراكز القانونية ، فان هذا لا يمنعه من أن يقرر حماية قانونية ، أو مراكز مادية بحتة حتى ولو لم تكن مستندة على حق معين . وهذا ما فعله المشرع المصرى - أسوة بمختلف التشريعات المعاصرة - بالنسبة للحيازة ، فقرر حماية الحيازة لذاتها عن طريق دعاوى معينة ، هى ما اصطلح عليها « دعاوى الحيازة " Actions possissoires » . ومن بين الدعاوى التى اعترف بها المشرع لحماية الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة . توصلا لوقف عمل بدىء فيه ، قبل اكتماله ، لأنه لم تم العمل الذى بدىء فيه لاعتبر تعرضا لحيازة شخص آخر ، أى اعتداء فعلى على هذه الحيازة . لذلك خول المشرع حائز العقار رفع هذه الدعوى لوقف العمل الجديد ضد من شرع فيه ، وذلك للوقاية من الضرر المحدق الذى يلحق بالحيازة لو تم العمل . وتعد هذه الدعوى لذلك من الدعاوى الوقائية لأن الغرض منها - كما هو واضح - دفع ضرر محدق لا لازالة ضرر حال . لأن الفرض فى هذه الدعوى أن العمل الذى شرع فيه وقع فى حيازة المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة . فلو كان العمل واقعا على حيازة المدعى ، لاعتبر ذلك اعتداء فعليا على الحيازة ، حتى ولو كان العمل لم يكتمل .

- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ . ص ٢٤٥ وما بعدها .

Allorio E., per una nozione de lprocesso cautelare, in Riv. Dir. proc. civ. 1936, I p. 18.

Cezar - Bru, Hébreaud, Seignolle et Odul, : juridiction de président du Tribunal, T.I, Des Référes 1978.

وتستند هذه الدعوى فى قبولها (٧٠) الى نص المادة ٩٦٢ من القانون المدنى الذى نظمها ، وكذلك نص المادة الثالثة من قانون المرافعات على اعتبار أنها من الدعاوى التى تهدف الى دفع ضرر محدق .

٣٣٠ - (٤) دعوى قطع النزاع : Action provocatoire

تتمثل هذه الدعوى فى أن شخصا يثير مزاعم معينة ضد شخص آخر ، مدعيا حقا له فى ذمته مثلا . فيقوم هذا الأخير برفع دعوى مختصما فيها من مثير هذه المزاعم لاثباتها امام القضاء ، فان فشل فى ذلك يحكم عليه القاضى بالكف عن هذه المزاعم ، وعدم أحقيته فيما يزعم وعليه أن يلتزم الصمت على ما يدعيه (٧١) .

وقد اثارت مسالة قبول هذه الدعوى جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء ، نظرا لعدم تنظيم المشرع لهذه الدعوى سواء فى فرنسا أو مصر (٧٢) . فذهب البعض (٧٣) الى عدم قبول هذه الدعوى على

---

(٧٠) أنظر فى الرأى الذى انكر وجود هذه الدعوى ، والرد عليه . عبد المنعم الشرقاوى - بند ١٤٩ - ١٥٠ ص ١٦٧ - ١٦٩ .

(٧١) أنظر فى تعريف هذه الدعوى وخصائصها والخلاف حول قبولها ، عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٢١٦ - ٢٣٧ - بند ١٩٩ - ٢٢٥ . عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٣٣٤ . وجدى راغب - الخصومة ص ١٣٦ رمزى سيف ص ١٢٥ وما بعدها بند ٨٩ . ابراهيم سعد ص ١٥٨ بند ٥٩ . سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣٣ ص ٢٠٩ - ٢١١ . كيوفندا - ج ١ بند ٦٠ ص ١٨٢ - ١٨٦ . كوستا - ص ٣٧ بند ٢٦ .

(٧٢) وان كان قد ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصرى القديم . ما يقطع فى قبول هذه الدعوى متى كان الغرض منها وقف مسلك تهديدى يترتب عليه الاضرار بمركز الشخص أو سمعته بشرط ألا تكون هذه الأقاويل أو تلك المزاعم مجرد تخرصات فارغة .. « أنظر المذكرة الايضاحية لهذا القانون » .

(٧٣) فتحى والى - الوسيط - ص ١٣٤ ، ويقرر أنها دعوى غير طبيعية لا يعرف فيها من المدعى ومن المدعى عليه ومن الذى يقع عليه عبء الاثبات ، وهل ترفع امام محكمة المدعى أم المدعى عليه - ص ١٣٤ . أنظر فى الانتقادات الموجهة الى قبول هذه الدعوى . عبد المنعم الشرقاوى .
=

أساس أن فى قبولها ما يتعارض وحرية الأفراد فى الالتجاء الى القضاء ، لأن قبول هذه الدعوى من شأنه اجبار الزاعم الى المطالبة بما يزعمه واثباته أمام القضاء فى وقت قد لا يكون مناسبا بالنسبة له ، لم يكن فيه قد اعد أدلته . خاصة وقد خلصنا الى أن هناك اجماعا يكاد أن يكتمل على أن الدعوى حق للفرد وليست واجبا عليه . ومن ناحية أخرى فان قبول هذه الدعوى من شأنه قلب القواعد العامة فى الاثبات ، لأنها تنقل عبء الاثبات الى المدعى عليه الزاعم ، بدلا من أن تكون على عاتق المدعى وفقا للقواعد العامة .

وفقه الاسلام عدا المالكية على عدم قبول هذه الدعوى ، ويعبر الحنابلة عنها « بالدعوى المقلوبة » وهى لا تسمع لذلك ، مع مراعاة أن فقهاء الاسلام على قبول دعوى منع التعرض ، فتدخل دعوى قطع النزاع فى مفهومها اذا بلغت المزاعم حدا من شأنه الاضرار بالمدعى (٧٤) .

ومن الفقهاء (٧٥) من أقر بوجود هذه الدعوى وقبولها ، لأن فى قبولها احترام للقواعد المستقرة فى القوانين القديمة . فضلا عن تمشيها

=

رسالة ص ٢٣٥ وما بعدها . سوليس وبيرو ج ١ ص ٢٠٩ بند ٢٣٢ . كيوفندا – نظم ج ١ بند ٦٠ ص ١٨٢ – ١٨٦ . مبادىء ص ٣٢٥ وما بعدها . وقارن أحمد مسلم الذى ينكر عليها وصف الدعوى ويعتبرها مجرد « دعوة الى الادعاء قضاء » أصول ص ٣٢٧ .

(٧٤) أنظر مؤلفنا – اجراءات التقاضى والتنفيذ ، مشار اليه ، ص ٣٧ وهامش ٣٨ .

(٧٥) عبد المنعم الشرقاوى . رسالة – ص ٢٢٩ – ٢٣٠ بند ٢١٩ . رمزى سيف – بند ٨٩ – ص ١٢٥ – ١٢٦ أحمد أبو الوفا بند ١١١ ص ١١٢ وانظر فى تأييد هذا الرأى – وجدى راغب – الخصومة ص ١٣٨ – ١٣٩ . ويذهب الى أن ما يؤيد هذه الدعوى ما ورد بالمذكرة التفسيرية للقانون القديم ، وكذلك نص المادة ٣ مرافعات والتى تقرر قبول الدعوى متى كان الغرض منها دفع ضرر محدق . كما أن هذه الدعوى لا تتضمن مخالفة للقواعد العامة التى تقرر حرية التداعى أمام القضاء كما أنها لا تخالف قواعد الاثبات ، فالاثبات يكون على من يدعى خلاف الظاهر .

مع مبادىء العدل وقواعد القانون الطبيعى ، والتى تأبى أن تترك من يتعرض لأقاويل واشاعات ، دون وسيلة يكذب بها هذه الأقاويل وتلك الاشاعات ، ولكنهم يشترطون لقبـــــول الدعوى أن تكون المزاعم التى أثيرت حول شخص معين ، حول مركزه أو سمعته ، أن تكون مزاعم جدية وليست مجرد تخرصات فارغة ، بمعنى أن تتم هذه المزاعم بطريقة علنية وأن يكون من شأنها الاضرار بسمعة الشخص أو مركزه .

ومن الفقهاء من يذهب (٧٦) الى أن هذه الدعوى فى حقيقتها دعوى تقريرية ، وهذا صحيح لأن دعوى قطع النزاع انما تستهدف الحصـول على تقرير قضائى بوجود حق للزاعم (ان استطاع اثباته) أو بنفى هذا الحق (ان أخفق فى ذلك) . وهو فى الحالتين يعد حكما تقريريا بحتا مزيلا الشك الذى قام حول مركز المزعوم ضده . وهو حكم تقريرى لا يقبل التنفيذ الجبرى لأنه لا يلزم الزاعم بشىء يقبل التنفيذ الجبرى ، وانما يلزمه فحسب (ان أخفق فى اثبات مزاعمه) بالكف عن هذه المزاعم . وهى لذلك تكون مقبولة وفقا للمادة ٣ مرافعات لأن الغرض منها دفع ضرر محدق ، الوقاية من الضرر المحتمل الذى قد يلحق بالمدعى فى هذه الدعوى من تلك المزاعم التى تثار ضده من المدعى عليه الزاعم . واذا كان على المدعى عليه فى هذه الدعوى اثبات مزاعمه ، فلا يعتبر ذلك قلبا لقواعد الاثبات وانما تأكيد لها ، لأن القاعدة فى الاثبات هى أن عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل ، أى خلاف الظاهر ، ومدعى خلاف الأصل هنا هو الزاعم وليس المزعوم ضده (٧٧) .

---

(٧٦) فتحى والى . الوسيط ـ ص ١٣٥ . ابراهيم سعد ـ ص ١٥٩ . سوليس وبيرو جـ ١ ص ٢٠٩ بند ٢٣٢ . وجدى راغب . الخصومة ص ١٣٩
قارن احمد مسلم الذى ينكر اعتبـــــار قطع النزاع دعوى بالمعنى بالمعروف ، وانما مجرد دعوة الى الادعاء قضاء . يستهدف الشخص بهـــا درء الشبهات عن حقوقه أو تدعيمها ، فتعد من هذه الزاوية مقبولة للاحتياط لدفع ضرر محدق بالقدر اللازم لهذا الاحتياط . والا فالامر متوقف على مدى الاستجابة لتلك الدعوى . فاذا قبل المدعى عليه أن يدعى قضاء ما ادعاه خارج مجلس القضاء تحقق المعنى العادى للدعوى . ص ٣٢٧ بند ٣٠٤ .

(٧٧) وجدى راغب . الخصومة ص ١٣٩ .

٣٣١- (٥) دعوى الالزام فى المستقبل :

عرضنا فيما سبق أن المطالبة بحق لم يحل أجل الوفاء به ، مطالبة غير مقبولة قضاء ، لانعدام المصلحة ، نظرا لعدم وجود اعتداء على الحق ، واذا كانت هذه هى القاعدة ، فان القضاء يجرى على قبول دعوىالمطالبة بدين لم يحل أجل الوفاء به ، وذلك اذا وجدت ظواهر خارجية تؤدى الى احتمال الاعتداء على الحق ، فيكون أساس المطالبة هنا هو الاحتياط لدفع ضرر محدق . ويكون ذلك فى حالة المطالبة باقساط حالة وأخرى مؤجلة . وكذلك حالة المطالبة بالأجرة المتأخرة وما يستجد منها . ومن الفقهاء من يؤيد مسلك القضاء (٧٨) فى هذا الصدد ، على أساس الضرر المحتمل ، أى الاحتياط لدفع ضرر محدق . ومن الفقهاء (٧٩) من ذهب الى عدم جواز الزام المستاجر بدفع ما يستجد من الأجرة بعد صدور الحكم ، وكل ما للمحكمة فى هذا الخصوص هو الحكم بالاجرة التى حلت آجالها أثناء سير الدعوى وحتى تاريخ الحكم .

والحقيقة أن من أنكر على المحكمة حقها فى الزام المستأجر بدفع ما يستجد من الأجرة بعد صدور الحكم ، انما أنكر كلية قبول دعوى الالزام فى المستقبل ، اذ أن الحكم بما يستجد من اجرة حتى صدور الحكم ، لا يعتبر حكما صادرا فى دعوى الزام فى المستقبل ، اذ يكون صادرا فى دعوى الزام عادية تطبيقا للقواعد العامة ووفقا للمصلحة الحالة والقائمة الناتجة عن الاعتداء الفعلى على الحق . لأن شروط قبول الدعوى كما رأينا هى شروط للحكم فى الموضوع ، ومن ثم يجب توافرها وقت الحكم وليس بلازم أن تتوافر وقت رفع الدعوى (٨٠) . اما دعوى الالزام فى المستقبل فيقصد بها تلك الدعوى التى تستهدف الحصول على حكم بالالزام بالدين قبل حلول أجل الوفاء به .

---

(٧٨) رمزى سيف بند ٩٣ - ص ١٣١ أحمد مسلم ص ٣٢٤ - ٣٢٥ . محمد حامد فهمى ص ٣٦٢ هامش ٣ . ابراهيم سعد ص ١٦٤ عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ١٥٨ وما بعدها . فتحى والى بند ٨٠ ص ١٤٩ - الوسيط هامش (٢) كيوفندا - مبادىء ص ١٦٤ . كوستا ص ٣٥ - بند ٢٤

(٧٩) عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٣٤٥ .

(٨٠) أنظر وجدى راغب - ص ١٤١ .

واننا نؤيد الرأى الغالب فى تأييده لمسلك القضاء من قبول دعوى الالزام بالنسبة للمستقبل ، اذا قام بالمدعى ما يدعوه الى الالتجاء الى القضاء . بمعنى أن يكون هناك تهديد بالاعتداء على حقه ، الأمر الذى قد يسبب له ضررا معينا . ويتحقق ذلك من مسلك المدعى عليه الذى أخل بتنفيذ التزامات سابقة عليه ، وفى هذا تقبل دعوى الالزام استنادا الى نص المادة ٣ مرافعات للاحتياط لدفع ضرر محدق ، خاصة أن الحكم الذى يصدر بالنسبة للمستقبل لا يكون - قبل حلول أجل الدين - سندا تنفيذيا يمكن التنفيذ بمقتضاه (٨١) .

٣٣٢ - ثانيا - دعاوى الأدلة :

تمثل دعاوى الأدلة الطائفة الثانية من الدعاوى الوقائية ، وقد نصت المادة ٣ مرافعات على قبول هذه الدعاوى ، بقولها « ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة ... اذا كان الغرض من الطلب الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » - كما تكفل قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم هذه الدعاوى فى المواد ٤٥ ، ٥٩ ، ٩٦ ، ١٢٣ منه .

وتهدف دعاوى الأدلة لا لتأكيد حق أو مركز قانونى أو نفيه ، وانما مجرد اقامة الدليل أو المحافظة عليه أو هدم دليل معين . واذا ما كان الأصل أن يقوم الخصوم أدلتهم لاثبات حقوقهم ، أو هدم ما يقدمه الخصم الأخر من أدلة ، أمام محكمة الموضوع عند رفع الأمر اليها ، فانه أحيانا قد تقوم ظروف معينة تبرر الفصل بين مسألة الدليل والحق الذى يدل عليه قبل رفع الدعوى الموضوعية . وذلك اذا كان من شأن هذه الظروف أن تهدد الخصم بضرر محتمل يتمثل فى انكار حق المدعى عند نظر دعوى الحق ، ومن هنا ينشأ للمدعى مصلحة حالة وقائمة فى الوقاية من هذا الضرر المحتمل ، لرفع دعوى الدليل اما لاثباته أو هدم دليل قد يقدم

---

(٨١) وجدى راغب الاشارة السابقة - فتحى والى - الاشارة السابقة. رمزى سيف بند ٩٣ ، عبد المنعم الشرقاوى الاشارة السابقة .

ضده بعد ذلك . وهذه المصلحة الحالة هى ما يعبر عنها الفقه بالمصلحة فى الاستقرار (٨٢) .

ومن دعاوى الأدلة ما يدخل فى عداد الدعاوى الوقتية مثل دعوى سماع الشاهد ، واثبات الحالة ، ومنها ما يدخل فى عداد الدعـــــاوى الموضوعية مثل دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية ونشير فيما يلى الى هذه الدعاوى :

(أ) دعوى سماع الشاهد :

نصت المادة ٩٦ اثبات على أنه « يجوز لمن يخشى فوات فرصـــة الاستشهاد بشاهد معين على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه ، أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد ، ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة الى قاضى الأمور المستعجلة .. » يتضح من النص المتقدم أن المشرع قد أجاز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد معين ، لسفره الى بلد بعيد أو لمرضه بمرض تخشى معه وفاته ، أن يرفع دعوى وقتية لسماع هذا الشاهد لكى يستند اليها فى دعواه الموضوعية بعد ذلك ويشترط لقبول هذه الدعوى ، أن تكون الواقعة محل الشهادة لم تعرض بعد على القضاء ، وأن تكون مما يجوز اثباتها بالشهادة فضلا عن الخشية من فوات فرصة الاستشهاد (٨٣) .

(ب) دعوى اثبات الحالة :

تنص المادة ١٣٣ اثبات على انه « يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة معينة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء ـ أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطريقة المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال

---

(٨٢) وجدى راغب ـ الخصومة ـ ص ١٤٢ .

(٨٣) أنظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ـ الرياض ١٩٨٨ ص ٣٠٥ ، بند ١٠٦ ـ راتب ـ كامل ـ راتب ـ ط ٧ ، ١٩٨٥ ، ص ٣٥٧ ، بند ١٩٤ .

للمعاينة أو ندب خبير للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين » يتضح أن دعوى اثبات الحالة لا تقبل الا اذا كانت الواقعة المراد اثباتها مما يحتمل أن تكون محل نزاع أمام القضاء ، وأن يخشى ضياع معالمها ، اذا انتظر الخصم حتى يقيم دعواه الموضوعية عنها . ومثالها دعوى اثبات حالة أرض زراعية تم اغراقها بالمياه من قبل الجار تمهيدا لرفع دعوى التعويض (٨٤) .

(جـ) دعوى تحقيق الخطوط الأصلية :

نظم قانون الاثبات فى المواد ٤٥ ـ ٤٨ منه هذه الدعوى ، محصلها انه يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم ـ بدعـــــوى أصلية بالاجراءات المعتادة ـ من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة اصبعه ، وله ذلك ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء (٨٥) .

ويعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر ذلك صراحة (م ١٤ اثبات) . واذا ما كان الأمر كذلك ، فان حامل المحرر العرفى يظل مهددا بانكار الخصم الصادر عنه المحرر له ، ولم يشأ المشرع أن يلزم حامل المحرر بالانتظار حتى يتبين موقف الخصم عند المطالبة بالحق موضوع المحرر عند استحقاقه ، وانما أجاز له ، أن يختصم ـ بدعوى أصلية ـ قبل ذلك من يشهد عليه المحرر للاقرار به . وتعد هذه الدعوى دعوى موضوعية الهدف منها المحافظة على دليل قائم ، عن طريق تأكيد حق المدعى فى الاثبات بالمحرر الذى يحمله ، فالحكم بثبوت صحـــة التوقيع على الورقة العرفية يجعل من الورقة ذاتها دليلا كاملا على صدورها ممن وقعها ، ويعتبر ذلك حجة عليه ، سواء كان محتوى الورقة

---

(٨٤) انظر محمود هاشم ـ المرجع السابق ، بند ١٢٠ ، ص ٣٢٤ ، راتب ـ كامل ـ راتب ـ ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٨٥) المرجع السابق ، بند ٨٠ ص ٢٥٩ وما بعدها .

بخطه أم بخط غيره (٨٦) . وهى دعوى وقائية تستهدف الوقاية من خطر انكار الخصم للمحرر الصادر عنه (٨٧) . وتحكم المحكمة بصحة المحرر اذا حضر المدعى عليه وأقر بصحته أو سكت ولم ينكره أو ينسبه الى غيره أو لم يحضر الجلسة (م ٤٦ — ٤٧) ، أما اذا حضر المدعى عليه وأنكر صحة المحرر فتأمر المحكمة بالتحقيق طبقا للقواعد القانونية (م ٤٨) .

(د) دعوى التزوير الأصلية :

وهذه الدعوى على عكس الدعاوى المتقدمة ، لأن الغرض منها هدم دليل يتعارض مع الحق قبل أن يحتج به على الشخص . أما الدعاوى السابقة فكان الهدف منها اما اقامة الدليل أو المحافظة عليه .

وتنص المادة ٥٩ من قانون الاثبات أنه « يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده هذا المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة » . فاذا علم شخص بأن لدى شخص آخر محرر مزور ، عرفى أو رسمى ، ويخشى أن يحتج به عليه ، فيكون له اما الانتظار حتى يحتج عليه بالمحرر ، ويكون له فى هذه الحالة أن يدفع بتزوير المحرر ، وتأمر المحكمة بالتحقيق متى توافرت شرائط دعوى التزوير الفرعية ، واما أن يرفع — بناء على نص المادة ٥٩ اثبات — دعوى أصلية بتزوير المحرر قبل الاحتجاج عليه تفاديا للرجوع عليه به .

وتعد دعوى التزوير الأصلية هذه دعوى موضوعية تقريرية (٨٨) تستهدف نفى حق المدعى عليه فى الاثبات بالمحرر ، وهى فى ذات الوقت

---

(٨٦) نقض ١٩٨٦/٣/٢٦ فى الطعن ٥٤٠ لسنة ٥٢ ق .

(٨٧) أنظر كوستا — بند ٢٤٥ ص ٣١٨ . كيوفندا — مبادىء ص ١٧٠ سوليس وبيرو جـ ١ ص ٢٠٦ بند ٢٣٠ وانظر فى هذه الدعوى والخلاف الذى ثار حول قبولها . عبد المنعم الشرقاوى — رسالة ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٨٨) كيوفندا — الاشارة السابقة . كوستا بند ٢٤١ ص ٣١٤ — ٣١٥

دعوى وقائية (٨٩) تستهدف الوقاية من الضرر المحتمل الذى ينتج من الاحتجاج عليه بالمحرر المزور (٩٠) . وبالتالى لا تقبل الا قبل الاحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها ، فاذا كان الاحتجاج بهذه الورقة مرفوعا فى دعوى الى القضاء فانه يمتنع رفع دعوى أصلية بتزويرها (٩١) . ومع مراعاة أنه لا يجوز الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها وفى الموضوع معا ، وذلك حتى لا تحرم الخصم الصادر ضده الحكم أن يقدم ما لديه من أدلة أخرى لاثبات ما يدعيه أو نفى ما ثبت فى حقه (٩٢) .

٣٣٣ ـ نخلص من كل ما تقدم الى أن الدعاوى الوقائية تستند فى قبولها الى مصلحة حالة وقائمة تتمثل فى الوقاية من الأضرار المحتملة ، اما وقفا لضرر محدق ، واما استيثاقا لحق يخشى زوال دليله . وان هذه الدعاوى الوقائية قد تكون دعاوى موضوعية مثل الدعاوى التقريرية وقطع النزاع ودعوى التزوير الأصلية ودعوى وتحقيق الخطوط ، وقد تكون دعاوى وقتية مثل الدعاوى المستعجلة وبعض دعاوى الأدلة مثل سماع الشاهد أو دعوى اثبات الحالة .

---

(٨٩) سوليس وبيرو ـ ج ١ الاشارة السابقة . وانظر وجدى راغب ص ١٤٦ . عبد المنعم الشرقاوى رسالة ص ٢٥٨ وما بعدها . عبد الباسط جميعى مبادىء ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٩٠) وعلى ذلك فان الحكم فى هذه الدعوى انما ينصب على مسألة التزوير وحدها دون الفصل فى الحق موضوع الورقة محل التزوير . وفى ذلك تقرر محكمة النقض انه لا يجوز الحكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها وفى موضوع الدعوى معا ـ نقض ١٩٧٦/٣/١٦ س ٢٧ ص ١٧١ . ١٩٧٤/٢/٦ فى ٢٥ ص ٣٠٦ ، ١٩٧٤/٣/٢٦ س ٢٥ ص ٥٧٥

(٩١) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق .

(٩٢) نقض ١٩٨٧/٥/١٤ فى الطعن ٣٥٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ فى الطعن ١٦٤٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٢/١٩ فى الطعن ٥٠٤ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٨ فى الطعن ٩٢٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعن ٨٨٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١/٢٨ فى الطعن ١٠٩٧ لسنة ٥٢ ق ، وتفصيلا مؤلفنا ـ القضاء ونظام الاثبات ، ص ٢٧٠ - ٢٧١ بند ٨٥ .

المطلب الثانى

الصفة فى الدعوى

La qualité

٣٣٤ ـ تحـــــديد :

يقتضينا الحديث عن الصفة فى الدعوى ، البدء بتحديد المقصـود بها ، ثم بيان أنواعها ، وتحديدها فى الدعاوى الجماعية او دعاوى المصلحة العامة .

الفرع الأول

المقصود بألصفة فى الدعوى

٣٣٥ ـ الخلاف الفقهى حول الصفة :

يثور الخلاف الفقهى حول اعتبار الصفة qualité شرطا قائما بذاته من شروط قبول الدعوى ، أم أنها مجرد وصف من أوصـــــاف المصلحة .

فيذهب البعض (٩٣) الى أن الصفة فى الدعوى ليست الا وصف من أوصاف المصلحة والتى تعتبر فى رأيهم الشرط الوحيد لقبول الدعوى .

---

(٩٣) عبد المنعم الشرقاوى ـ شرح بند ٣٢ ص ٤٨ وما بعدها ٠ رمسا ٠ ص ٢٦٨ وما بعدها ٠ رمزى سيف بند ٧٩ وما بعده ص ١١٤ وما بعدها ٠ وموريل ـ بند ٣٠ ، فنسان بند ٢٣ ص ٤٣ ـ جولى اندريه ص ٨٧ بند ١٠٠ أحمد أبو الوفا ص ١٠٨ بند ١٠٤ أحمد السيد صاوى ص ٤٧ وقارن محمد حامد فهمى بند ٣٣٠ ص ٣٦٠ ، بند ٣٣٨ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ ٠ وقـــــارن عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٣٥٠ ، الذى يقرر أن الصفة تكون هـــى المصلحة الشخصية المباشرة فى حالة ما اذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق نفسه ٠ أما اذا كان رافع الدعوى ليس هو صاحب الحق ، فان الصفة تتميز عن المصلحة الشخصية والمباشرة ، وتكون شرطا قائما بذاته الى جانب المصلحة ـ ص ٣٥١ ، ٣٥٥ وما بعدها ٠

فالمصلحة كشرط وحيد للدعوى فى رأيهم يجب ـ فضلا أن كونها قانونية وحالة ـ أن تكون شخصية ومباشرة Intérêt personnel et direct بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى المراد حمايته ، او من ينوب عنه كالوصى بالنسبة للقاصر والوكيل بالنسبة للموكل . وهناك من يفضل تسميتها بأن تكون الدعوى شخصية (٩٤) ، لأنها تعبر عن الجانب الشخصى فى الدعوى .

وهناك من يفصل ـ وبحق ـ بين المصلحة المباشرة وبين الصفة فيها ، لأن المصلحة الشخصية هى الفائدة التى تعود على الشخص من مباشرة الدعوى ، أما الصفة فهى سلطة مباشرتها (٩٥) . فقد لا يعترف القانون لصاحب المصلحة الشخصية المباشرة بالصفة فى مباشرة الدعوى . فلا تقبل دعوى ابطال العقد مثلا الا من الشخص الذى تقرر لمصلحته البطلان ، فلا يصح للطرف الآخر أن يرفع دعوى ابطال العقد بالرغم من أنه قد تكون له مصلحة شخصية ومباشرة فى ابطال العقد . كما لا يجيز المشرع لغير أطراف العقد رفع دعوى ببطلانه ، بالرغم من أنه قد توجد مصلحة شخصية ومباشرة لمن يدعى بطلان العقد وهو ليس طرفا فيه (٩٦) . وقد يعترف المشرع بالصفة فى رفع الدعوى بالرغم من أنه ليس صاحب الحق ، كما فى حالة الدعوى غير المباشرة .

---

(٩٤) وجدى راغب ـ الخصومة ـ ص ١٤٧ . ابراهيم سعد ص ١٦٦ .

(٩٥) سوليس وبيرو جـ ١ بند ٢٦٣ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٦ . عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٣٥٥ . أحمد مسلم أصول ـ ص ٣٢٩ بند ٣٠٦ ـ فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ٧٢ بند ٣٥ .

(٩٦) فليس لتاجر أن يطالب ببطلان عقد تأسيس شركة تنافسه فى تجارته ، بالرغم من أنه صاحب مصلحة شخصية ومباشرة فى بطلان هذه الشركة . كما لا صفة للزوجة فى طلب بطلان تصرف صادر عن زوجها حال حياته ، ولو كان التصرف باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، بالرغم من أن لها مصلحة شخصية ومباشرة فى ابطال التصرف باعتبارها وريثا محتملا . فالوارث لا تنشأ له حقوق على التركة الا بوفاة المورث (القاهرة الابتدائية ١٩٧٠/١١/١٨ . مشار اليه فى وجدى راغب هامش (٨٣) ص ١٤٧ نقض ١٩٣٧/١/٢٨ ـ مجموعة القواعد جـ ٢ بند ٣٣ ص ٨٤ .

٣٣٦ - تعريف الصفة :

ولما كان موضوع الدعوى ادعاء بحق أو مركز قانونى أمام القضاء ، فالقاعدة أن صاحب هذا الحق أو المركز - على فرض صحته - صاحب الصفة الايجابية فى الدعوى ، والمدعى عليه - المعتدى على هذا الحق أو المركز القانونى أو المهدد بالاعتداء عليه - هو صاحب الصفة السلبية فى الدعوى ، فتثبت الصفة اذن لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا اعتدى عليه أو هدد بالاعتداء عليه ، فى مواجهة من اعتدى أو من هدد بالاعتداء على الحق .

وتعبر الصفة بذلك عن الجانب الشخصى فى الدعوى (٩٧) . فالدعوى لابد قائمة بين أشخاص معينين ، من قامت به الحاجة الى حماية القضاء ضد من تسبب فى هذه الحاجة ، أى بين من يدعى اعتداء على حقه أو تهديدا به ، ضد من اعتدى بالفعل أو هدد بالاعتداء عليه . وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى كقاعدة الا من الشخص الذى يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا فى مواجهة شخص آخر .

٣٣٧ - التمييز بين الصفة فى الدعوى والتمثيل القانونى :

رأينا أن جانبا من الفقه ، قد عبر عن الصفة فى الدعوى ، بأنها التى تثبت لصاحب الحق أو المركز القانونى المراد حمايته او من ينوب عنه كالوصى أو الوكيل (٩٨) . الا أن هذا التعبير فى رأينا تعبير غير دقيق . اذ أن الصفة لا تكون الا بالنسبة لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ضد من يدعى أنه اعتدى على هذا الحق أو هدده بالاعتداء عليه . وهذه الصفة تفترق عن التمثيل القانونى Representation Legal فقد يمثل الخصم الأصيل فى الخصومة بمن يمثله قانونا كوكيل بالنسبة للموكل ،

---

(٩٧) وجدى راغب - الاشارة السابقة . فتحى والى - الاشارة السابقة . ابراهيم سعد - الاشارة السابقة .

(٩٨) أحمد أبو الوفا - بند ١٠٤ ص ١٠٨ . أحمد مسلم - بند ٣٠٦ ص ٣٢٩ - محمد السيد صاوى ص ٤٧ - وانظر فى الخلط بين الفكرتين نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٥ س ١٩ ص ٥٠١ .

أو وصى بالنسبة للقاصر أو رئيس مجلس الادارة بالنسبة للشركة . وهذا الشخص انما يكون ممثلا لصاحب الصفة الأصيلة فى الدعوى ، ولا يعتبر الوصى أو الولى أو الوكيل أو الرئيس أو الحارس أصحاب الصفة فى الدعوى ، فهم لا يطالبون بحق لهم وانما لمن يمثلونهم ، وانما هم أصحاب صفة اجرائية فحسب فى مباشرة الدعوى ومتابعة اجراءاتها . وهذه الصفة الاجرائية قد تثبت لصاحب الحق اذا طالب بنفسه بحماية حقه ، وقد تثبت لغير صاحب الحق ، اذا كان صاحب الحق لا يستطيع مباشرة الدعوى بنفسه ، اما لنقص فى أهليته ، أو لعدم إستطاعته لحجر عليه أو لحكم عليه بعقوبة الجناية ، أو أنه كان شخصا معنويا . وفى هذه الحالات يظل الخصم الأصيل هو صاحب الصفة فى الدعوى ، هو الذى يعود عليه الحكم الذى يصدر فيها بالنفع أو الضرر ، هو الذى يحتج بالحكم الصادر فى الدعوى له أو عليه (٩٩) .

فالصفة فى الدعوى ، تعد شرطا لقيام الحق فى الدعوى ، وهى لهذا لا تثبت الا لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ضد المعتدى . وهذه الصفة تتوافر لمن تثبت له الشخصية القانونية سواء كان شخصا

---

(٩٩) أنظر فى التمييز بين الفكرتين · فتحى والى - الوسيط بند ٣٦ ص ٧٨ · محمد عبد الخالق عمر - رسالة بند ٣١٦ · ابراهيم سعد ص ١٦٧ وما بعدها بند ٦٤ · وجدى راغب - الخصومة ص ١٤٩ · عبد الباسط جميعى - مبادىء ص ٣٥٥ · وانظر سوليس وبيرو اللذان يذهبان الى أن الصفة تتوافر بالنسبة للأصيل كما تتوافر بالنسبة للممثل القانونى ، مع تسليمهما بانها فى الحالتين متميزة عن شرط المصلحة الشخصية (ج ١ ص ٢٤٤ - ٢٤٦ بند ٢٦٣) · موريل بند ٣١ · وانظر الفقه الايطالى الذى يفرق بين الصفة فى الدعوى Legitimatio ad causam ، وهى ما تثبت للمدعى والمدعى عليه أى من يطلب الحماية فى مواجهة المرفوع عليه الدعوى · وبين وهى الصفة فى التقاضى legitimatio ad processum والتى تتعلق بصلاحية من يباشر الخصومة (كوفندا - مبادىء ص ١٥١ - ١٥٢ - لوجواندريا ص ١٩ - ٢٠ بند ٩ ليبمان ج ١ موجز بند ٦٦ ص ١٣٦ · كوستا بند ١٢٢ ص ١٧٠ · أوجوروكو - ص ٣٣٨ هامش (١٣) - ميكيلى ج ١ - ص ١٧٢ - ١٧٣ - بند ٤٩ ·

طبيعيا أم اعتباريا ، وهى تثبت للشخص الطبيعى سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها . وتخلف هذه الصـــفة يؤدى الى الحكم بعـــدم قبول الدعوى .

أما الصفة فى التقاضى ، هى عبارة عن الصلاحية لمباشرة الدعوى واتخاذ اجراءات الخصومة ، وهذه الصفة لا تثبت الا للشخص الطبيعى كامل الأهلية الاجرائية ، فلا يصح أن يتخذ اجراء من اجراءات الخصومة من لم تكتمل أهليته . وهذه الصفة تثبت اما لصاحب الحق نفسه ان كان أهلا ، كما أنها تثبت لمن يمثله ان لم يكن أهلا ، أو كان ولكن هناك من يمثله فى الدعوى كوكيل عنه . ويترتب على هذا التمييز ، أن تكون وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة فى الدعوى هى الدفع بعدم القبول ، أما وسيلة التمسك بتخلف الصفة فى الدعـــوى هى الدفع ببطـــلان الاجراءات (١٠٠) . ومن ناحية أخرى ، يؤدى تخلف الصـــفة فى الدعوى الى الحكم بعدم القبول (١٠١) ، بينما يؤدى تخلف الصـــفة الاجرائية ـ لفقد احد الخصوم لأهليته أو زوال صفة ممثله القانونى ـ الى انقطاع الخصومة (١٠٢) .

ويعتبر الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة دفعا موضوعيا ، تجوز اثارته فى أى حالة تكون عليها الدعوى (١٠٣) ، وان اعتبر دفعا غير متعلق بالنظام العام ، ولا يكون لغير من تقرر لمصلحته الاحتجاج

---

(١٠٠) فتحى والى ـ الوسيط الاشارة السابقة . ونظرية البطلان فى قانون المرافعات ـ رسالة الطبعة الأولى ١٩٥٩ بند ٢١٢ وما بعـــدها ص ٣٩٣ ـ ٣٩٩ . وجدى راغب ص ١٥٠ ـ ابراهيم سعد الاشارة السابقة .

(١٠١) نقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الطعن ٩٦١ لســـنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن رقم ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق . عكس ذلك أبو الوفا أحمد أبو الوفا ـ المرافعات ص ١١٩ هامش حيث يرى أن زوال صفة أحـــد الخصوم يؤدى الى انقطاع الخصومة أيضا .

(١٠٢) مع مراعاة أن انتهاء وكالة المحامى عن احد الخصوم اثناء سير الخصومة لا يؤدى الى انقطاعها .

(١٠٣) نقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الطعن ٩٦١ لسنة ٥٢ ق .

به (١٠٤) . مع مراعاة أن استخلاص الصفة فى الدعوى من اطلاقات محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة (١٠٥) .

الفرع الثانى

نوعا الصفة فى الدعوى

٣٣٨ - الصفة العادية للدعوى :

يقصد بالصفة العادية فى الدعوى تلك الصفة التى تثبت لصاحب الحق أو المركز القانونى - على فرض صحته - مدعيا أن اعتداء وقع عليه أو أن ضررا محتملا يحيق به ، وهى تثبت له فى مواجهة من يدعى أنه هو المعتدى أو المهدد بالاعتداء . أى أنها الصفة الايجابية المقررة لمن يدعى لنفسه حقا أر مركزا قانونيا ، ضد الطرف السلبى ، صاحب الصفة السلبية . وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى الا من الشخص الذى يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ، وسواء بوشرت الدعوى بواسطته أو بواسطة ممثله القانونى . وهذه هى الصفة العادية فى الدعوى .

٣٣٩ - الصفة غير العادية :

بجانب الصفة العادية التى تثبت لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا فان المشرع قد يجيز - فى حالات محددة - لشخص أو هيئة ، بالصفة فى الدعوى تبيح له رفع الدعوى باسمه ، بالرغم من أنه لا يطالب بحق لنفسه ، وانما لغيره ، دون أن يكون ممثلا قانونيا له ، وبهذا يحل هذا الشخص أو تلك الهيئة محل صاحب الصفة الأصلية فى حماية الحق

---

(١٠٤) نقض ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق .

(١٠٥) نقض ١٩٨٨/٦/٢ فى الطعن ٧٦٥ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٨/٢/٢٧ فى الطعن ٢٩ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٤/٢٢ فى الطعن ٢١٠٢ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٨٧/٢/١٨ فى الطعن ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٨ فى الطعن ٨٧١ لسنة ٥٢ ق .

أو المركز القانونى (١٠٦) . وهذه هى الصفة الاســتثنائية ، وهى باعتبارها كذلك لا تجوز الا بنص فى القانون يسمح بها . مع ملاحظة أن هذه الصفة تشبه الصفة الاجرائية فى أن شخصا من الغير لا يدعى لنفسه حقا يباشر الدعوى . الا أن الفارق بينهما يظل شاسعا ، اذ أن صاحب الصفة الاستثنائية له حق الدعوى ويباشر الدعوى باســمه ، لا باسم الشخص الآخر ، صاحب الصفة الأصلية (١٠٧) ، فى حين أن صاحب الصفة الاجرائية ليس له حق الدعوى أصلا وانما يباشرها باسم من يمثله وليس باسمه الخاص .

ومن أمثلة الصفة الاستثنائية فى القانون المصرى ، الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها فى المادة ٢٣٥ مدنى والتى تجيز للدائن أن يستعمل حقوق مدنية بما فيها رفع الدعاوى للمطالبة بحقوقه لدى الغير - متى توافرت شروط معينة ، محاولة منه فى المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين . والمشرع يعترف للدائن بهذا الحق بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذى يطالب بحمايته اذا ما حكم له به ، وانما يدخل فى ذمة مدينه والتى يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره فى اقتسام هذا الحق. وكذلك ما يعترف به القانون للنقابة متى كانت طرفا فى عقد العمــل المشترك من الحق فى رفع الدعاوى الناشئة عن الاخلال به باسم عضو منتم اليها دون توكيل منه عند الاخلال بأحكام العقد (٩٢ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١) .

غير أن البعض يذهب الى أن النقابة فى هذه الحالة لا تكون لها الصفة غير العادية فى الدعوى وانما هى صاحبة صفة اجرائية باعتبارها ممثلا قانونيا للعامل بدليل أن الدعوى ان رفعت من النقابة ، يكون للعامل - رغم ذلك - النزول عنها ويؤدى ذلك الى انقضائها (١٠٨) .

---

(١٠٦) وهذه الصفة غير العادية هى ما يطلق عليه الفقه الايطــالى الحلول الاجرائى Sostituzione Processuale انظر كيوفندا - مبادىء ص ٥٩٦ وما بعدها . كوستا بند ١٢٤ ص ١٧٢ - ١٧٤ .

(١٠٧) كوستا - الاشارة السابقة .

(١٠٨) فتحى والى - الوسيط - بند ٣٥ ، ص ٧٤ . أحمد الصاوى - الوسيط ، بند ١٠٦ ص ١٧٣ . بشندى عبد العظيم أحمد - رسالة بعنوان حماية الغير فى قانون المرافعات ، جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص ٣٠٢ .

الفرع الثالث

الصفة فى الدفاع عن المصالح العامة والجماعية

٣٤٠ - تمهيد :

لا تقتصر مهمة القانون على توفير الحماية للحقوق الفردية والخاصة ، وانما كان عليه وبنفس الدرجة توفير الحماية للمصالح العامة والجماعية . واذا ما تم ذلك ، فالى من تثبت الصفة دفاعا عن هذه المصالح ؟ :

٣٤١ - أولا : الصفة فى دعاوى المصالح العامة :

اذا كانت المصلحة العامة هى التى تهم المجتمع بأسره ، بكل طوائفه وفئاته ، فيثور التساؤل عن صاحب الصفة فى الدفاع عن هذه المصلحة العامة . لا يكفى القول فى هذا الخصوص بأن الدولة بكل أجهزتها هى المسئولة عن رعاية المصالح العامة ، فان صدق ذلك من الناحية السياسية والواقعية ، فانه لا يصدق من الناحية القانونية ، وانما لابد من ايجاد جهاز معين تكون مهمته الدفاع عن هذه المصالح عند الاعتداء عليها، تكون له الصفة فى رفع الدعوى أمام القضاء مطالبا بتحقيق حماية القانون . ومن ناحية أخرى ، فمن الممكن القول بأن حماية المصالح العامة هو فى ذاته حماية لمصالح الأفراد وبالتالى فهل تكون لأى فرد فى المجتمع باعتباره مكونا من مكوناته ، الصفة فى رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة العامة ؟ . وفى هذا الخصوص ظهرت دعاوى النيابة العامة ، ودعاوى الحسبة :

(أ) دعاوى النيابة العامة :

لقد خصصت الدولة جهازا من أجهزتها العامة وخولته الصفة فى الدفاع عن المصالح العامة ، واعترفت له ، بحق الدعوى ومباشرتها أمام

القضاء للدفاع عن المصالح العامة . وهذا الجهاز هو النيابة العامة (١٠٩) . فهو الجهاز الممثل للمجتمع فى الدفاع عن مصالحه ، وهو بالنسبة للدعاوى الجنائية صاحبها (١١٠) . فله حق تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية (١١١) . أما بالنسبة للمسائل المدنية ، فان المشرع قد اعترف للنيابة العامة أيضا ، بوصفها النائبة عن المجتمع والممثلة له ، بالصفة فى رفع الدعاوى التى تتعلق بالصالح العام ، وبالتدخل — وجوبا أو جوازا — فى الدعاوى المدنية المرفوعة من غيرها ، لتبدى رأيها فى هذه الدعاوى (م ٨٧ — ٩٦ مرافعات) (١١٢) .

(ب) دعاوى الحسبة :

عرفت الشريعة الاسلامية الغراء ما يسمى بدعوى الحسبة ، وهى الدعوى التى ترفع من أى شخص مسلم دفاعا عن حق من حقوق الله ، او دفاعا عن حقين احدهما للعبد وثانيهما لله ، ولكن حق الله تعالى فيها غالب (١١٣) ، مثل رفع دعوى لاثبات طلاق المراة طلاقا بائنا ،

---

(١٠٩) أنظر رءوف عبيد — مبادىء الاجراءات الجنائية ١٩٧٨ — ص ٣٧ وما بعدها والمؤلف — المرجع السابق — ص ٢٦٨ وما بعدها . ميكيلى بند ٢١١ ، ساتا ص ٦١ . كيوفندا ص ٤٥٧ .

(١١٠) بجانب المدعى العام الاشتراكى ، الذى نص عليه الدستور المصرى فى المادة ١٧٩ — فى الحدود التى ينظمها القانون ٩٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بحماية القيم من العيب (م ١٦ — ٢٦ منه) . والنيابة العسكرية التى تتولى التحقيق والاحالة الى القضاء بالنسبة للجرائم العسكرية التى تدخل فى ولاية القضاء العسكرى .

(١١١) أنظر نص المادة الأولى من قانون الاجراءات الجنائية ، والمادة ٢١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . انظر فى وظيفة النيابة بصفة عامة . رءوف عبيد — المرجع السابق ص ٣٩ — وما بعدها .

(١١٢) أنظر دور النيابة العامة فى قانون المرافعات . نجيب بكير — رسالة جامعة عين شمس ١٩٧٤ . المؤلف — المرجع السابق . ص ٢٧٠ وما بعدها بند ١٦٣ — ١٦٦ .

(١١٣) وفى ذلك تقرر محكمة النقض بأن دعوى الحسبة « لا تقبل شرعا الا فيما هو حق لله تعالى أو فيما كان حق الله فيه غالبا ، باعتبار ان هذه الحقوق هى ما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها ، فمن رأى معروفا ظهر تركه أو منكرا ظهر فعله وجب عليه أن يتقدم الى القاضى بالدعوى أو يستعد المحتسب أو والى المظالم ليقيم الدعوى » نقض ١٩٨١/١٢/١٠ س ٣٢ — ٤١٠ — ص ٢٢٥٢ .

أو للتفريق بين زوجين من زواج فاسد وغير ذلك . وأساس الحسبة هو الآية الكريمة « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعـــروف وينهون عن المنكر » ، وقوله ﷺ « من رأى منكرا فليغيره بيده فان لـــم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان » فالحسبة بذلك واجبة على كل مسلم ، وقد كيفها الفقهاء بأنها نوع من الشهادة . وهى فرض من فروض الكفاية التى تؤدى برفع الأمر الى القاضى أو بأداء الشهادة أمامه فى دعوى قائمة (١١٤) . والحسبة بحسبانها مستمدة من الشريعة الاسلامية فلا يعمل بها فى مصر الا بالنسبة لمسائل الأحـــــوال الشخصية التى تحكمها قواعد هذه الشريعة (١١٥) . وتقابل دعـــــوى الحسبة ، الدعوى الشعبية action populaire التى كان يعترف بهـــــا القانون الرومانى لأى مواطن دفاعا عن المصلحة العامة .

٣٤٢ ـ ثانيا : الصفة دفاعا عن المصالح الجماعية :

اذا كان القانون يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة أو حرفة محددة ـ تكوين نقابة تضمهم للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، أو جمعية معينة للدفاع عن حقوق معينة ، أو لتحقيق هدف معين . فكان لابد أن يعترف بحماية هذه المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشـــخص القانونى الذى رخص بانشائه ، الصفة فى رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة الجماعية التى قام من أجلها . ونميز فى هذا الصدد بين دعاوى النقابات ودعاوى الجمعيات :

---

(١١٤) أنظر فى دعوى الحسبة . الأحكام السلطانية للماوردى الباب العشرون ص ٢٣١ وما بعدها . عبد المنعم الشرقاوى ـ رسالة ٣٧٦ وما بعدها . سليمان الطماوى ـ السلطات الثلاث فى الاسلام ١٩٦٧ ص ٣٢٢ ومـا بعدهـا .

(١١٥) أحمد مسلم ـ أصول بند ٣٠٧ ص ٣٣١ . فتحى والى ص ٧٨ بند ٣٥ . وجدى راغب ص ١٥٣ ـ الخصومة .

(أ) دعاوى النقابات ـ يعترف المشرع للنقابات بـ :

ـ الصفة العادية فى الدعوى :

يكون للنقابة ـ بوصفها شخصا قانونيا ، له حقوقه الخاصة وعليه التزاماته ـ الصفة الايجابية والسلبية فيما ترفعه من دعاوى للمطالبة بحقوقها ، وفيما يرفع عليها عند اخلالها بالتزاماتها .

ـ الصفة غير العادية :

قد يعترف القانون للنقابة بالصفة فى الدعوى التى ترفعها باسمها لامطالبة بحق العامل المنضم اليها ، كما لو كانت طرفا فى عقد العمل المشترك ، فيكون لها الحق فى الدعوى الناشئة عن الاخلال بهذا العقد دون حاجة الى توكيل بذلك (م ٩٢ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١) .

ـ هل يكون لها الصفة العادية فى الدفاع عن المصلحة الجماعية ؟ :

المصلحة الجماعية هى المصلحة المشتركة لاعضاء النقابة . وهى ليست مجموع المصالح الذاتية لهم ، بل تعلو عليها (١١٦) . وتردد القضاء الفرنسى قديما فى تخويل النقابة ، الصفة فى الدعوى ، دفاعا عن المصلحة الجماعية ، ولكنه استقر بعد ذلك على تخويلها هذا الحق ، ثم أيد المشرع الفرنسى القضاء فيما استقر عليه فى هذا الخصوص ، بتشريع أصدره فى مارس ١٩٢٠ (١١٧) . واعترف المشرع المصرى أيضا منذ سنة ١٩٤٢ بما استقر عليه القضاء الفرنسى ، واعترف لنقابات العمال بحق الادعاء حماية للمصالح المشتركة التى تمثلها هذه النقابات ، وبهذا

---

(١١٦) انظر سوليس وبيرو ـ جـ ١ بند ٢٤٥ ص ٢٢٠ . وانظر فنسان بند ٢٥ ص ٤٦ وما بعدها .

(١١٧) انظر المشكلة وموقف الفقه والقضاء والمشرع منها فى فرنسا سوليس وبيرو جـ ١ بند ٢٤٦ ـ ٢٤٩ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٩ . فنسان . بند ٢٥ ص ٤٦ وما بعدها . موريل بند ٣٢ ص ٣٥ ـ ٣٦ . عبد المنعم الشرقاوى ـ رسالة ص ٢٩٠ وما بعدها .

نصت فعلا المادة ٤١١ من قانون العمل الجديد رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .
وهو ما أيده الفقه والقضاء المصريان (١١٨) .

(ب) دعاوى الجمعيات :

لا يشك أحد فى أن للجمعية الشخصية الاعتبارية ، شأنها فى ذلك شأن النقابة . وللجمعية بهذه المثابة الصفة العادية فيما ترفعه من دعاوى ، وفيما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ التزاماتها . اما أن يكون لها حق الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، فهذا أمر مختلف عليه ، فلم تحظ الجمعيات بما حظت به النقابات فى هذا الخصوص . فقد تردد القضاء فى الاعتراف للجمعية بصفة فى الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، أو عن الهدف الذى تستهدفه ، بحجة ان الجمعية — على عكس النقابة — لا تمثل مهنة

---

(١١٨) عبد المنعم الشرقاوى — رسالة ص ٢٩٩ — ٣٠٠ بند ٢٨٩ . فتحى والى — الوسيط ص ٧٥ . ابراهيم سعد ص ١٧١ وجدى راغب — الخصومة ص ١٥١ . رمزى سيف بند ٨٤ . نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٨ ص ٨٦٧ نقض ١٩٧٣/٤/١٤ س ٢٤ ص ٦٠٢ . على أنه يشترط لقبول دعوى النقابة دفاعا عن المصلحة الجماعية أن يكون هناك اعتداء قد وقع على هذه المصلحة ، فاذا ما كان الذى وقع لا يمثل الا اعتداء على مصلحة ذاتية لاحد اعضائها فلا يكون للنقابة حق الدعوى (نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٨ ص ٨٦٧) . أما اذا كان الاعتداء الذى وقع يمثل اعتداء على مصلحة ذاتية لعضو فى النقابة ، واعتداء فى الوقت ذاته على المصلحة المشتركة لأعضائها . فان هذا الاعتداء ينشىء دعوى للعضو بمفرده الذى مس الاعتداء مصلحته ؛ كما أنه ينشىء دعوى النقابة دفاعا عن المصلحة الجماعية ، وكل منهما مستقلة عن الأخرى (فتحى والى — الوسيط ص ٧٦ وجدى راغب ص ١٥٢) . بشندى عبد العظيم — رسالة ، ص ٣٠٦ ، نقض مدنى ١٩٦٦/١/١٢ ، س ١٧ ، ص ١١٢ محكمة القضاء الادارى ١٩٧٦/١١/١٦ المحاماة ، س ٥٨، ص ٦٩ وقررت فيه أن لنقابة المحامين الحق فى التدخل الى جانب المحامى لمساعدته فى الدفاع عن حقه فى العودة الى وظيفته لأن من أهداف النقابة توفير العمل القانونى للأعضاء .

أعضائها ، وانما ان قامت بذلك ، فان ذلك يعنى الاعتراف لها بالصفة فى الدفاع عن المصالح العامة الأمر الذى يمس سلطة النيابة العامة (١١٩).

الا أن الفقه الحديث (١٢٠) قد انتقد - وبحق - هذا القول ، لأن المفارقة فى هذا الخصوص بين النقابة والجمعية ، مفارقة غريبة ولا تستند على شىء من المنطق ، لأن كلا منهما عبارة عن جماعة قامت من أجل هدف محدد ، فضلا عن أنه اذا كان قد تم الاعتراف بالجمعية وبالشخصية القانونية لها للدفاع عن مصلحة معينة قامت من أجلها ، فانه ينبغى الاعتراف لها بالصفة فى الدعوى دفاعا عن هذه المصلحة لوحدة الهدف الذى قامت من أجله . ومن ناحية أخرى ، فاذا كان المشرع قد اعترف بحق التقاضى للشخص المعنوى (م ٥٢ مدنى) ، والجمعية تعد شخصا قانونيا . فلا يكون من المنطق عدم الاعتراف لها بالصفة فى الدعوى للدفاع عن هدفها الذى قامت من أجله .

---

(١١٩) انظر فنسان وجنشار بند ٣٢ ص ٩٥ وما بعدها . كوشيز ط ٢ ، ١٩٨١ ، بند ١٥٥ . وجدى راغب ص ١٥٢ - فتحى والى - الوسيط ص ٧٧ بند ٣٢ . الشرقاوى - رسالة - بند ٣٠٤ ، ٣٠٥ . وليس للجمعية سوى التدخل انضماميا الى جانب أحد الأعضاء . (بشندى عبد العظيم - رسالة ، ص ٣٠٨ . ومرتان - جوريس كلاسير ١٩٨٠ - ٣ - التدخل رقم ٤٥) . .

(١٢٠) فتحى والى - الوسيط - بند ٣٢ . وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١٥٣ . رمزى سيف بند ٨٥ . ابراهيم نسعد ص ١٧٩ .

المبحث الثانى

الشروط السلبية لوجود الدعوى (١٢١)

٣٤٣ - المقصود بهـــا :

يقصد بالشروط السلبية لوجود الحق فى الدعوى ، عدم تحقـــق سبب من الأسباب التى يرتب المشرع على تحققها عدم قبول الدعوى . وهى على عكس الشروط الايجابية . فالشروط الأخيرة يجب تحققهـــا لوجود الدعوى ، أما الشروط السلبية يجب عدم تحققها حتى يوجـــد الحق فى الدعوى . فقد يوجب القانون ضرورة مباشرة الدعـــوى فى مناسبة يعينها (١٢٢) ، أو فى ميعاد يحدده ، اما قبل بدئه أو خلاله أو بعد انقضائه (١٢٣) . ولما كنا بصدد دراسة شروط الدعوى العامة ، فاننا نكتفى فى هذا المقام بذكر الشروط السلبية العامة بالنسبة للدعاوى جميعها :

٣٤٤ - الشروط السلبية العامة :

حتى يوجد الحق فى الدعوى - يلزم عدم تحقق ما يلى :

١ - عدم سبق الفصل فى الدعوى :

اذا كانت الدعوى قد رفعت مرة امام القضــــاء ، وفصـــل فى موضوعها ، فمعنى ذلك أن الشخص قد وجد له الحق فى الدعـــوى ، فباشره وطبق القضاء بشانه قواعد القانون . فلا ينشأ له الحق فى الدعوى

---

(١٢١) انظر وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١١٧ . أحمد أبو الوفا بند ١١٦ - ١٢٠ ص ١١٩ - ١٢٠ أحمد مسلم - بنـــد ٣٠٨ ص ٣٣٤ - ٣٣٦ .

(١٢٢) مثل منع المطالبة بالحق فى دعوى الحيازة . أى عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق . (م ٤٤ مرافعات) . كما لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد الرجوع الى المدين (م ٧٨٨ مدنى) .

(١٢٣) ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع فيجب أن يقدم خلال الثلاثة أيام السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات فى قائمة شروط البيع (م ٤٢٢ مرافعات) . وسقوط الحق فى ابداء طلب عارض بعد قفل باب المرافعة . وضرورة رفع دعوى الحيازة فى خلال سنة من تاريـــخ الاعتداء على الحيازة (٩٥٨ وما بعدها مدنى) . أو رفع دعوى الشفعة فى خلال مدة محددة .

للمطالبة بما سبق الفصل فيه بحكم سابق ، وذلك احتراما لحجية الأمر المقضى ، الذى حازه الحكم السابق الفاصل فى الموضوع ، وهى الحجية المانعة من معاودة النزاع ، مرة أخرى ، حول ما قضى به الحكم ، وعلى ذلك فان تحققت هذه الواقعة ـ واقعة الفصل فى الموضوع ـ فان ذلك يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . وسنزيد هذه النقطة أيضاحا فيما بعد .

٢ ـ عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى :

رأينا أن الدعوى حق ، وهى بهذه المثابة تسقط بعدم الاستعمال ، بمدة التقادم العادية كقاعدة عامة وهى ١٥ سنة من وقت الواقعة المنشئة لها ، أى من وقت الاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى .

٣ ـ عدم تحقق ما يقضى على حق الدعوى :

الحق فى الدعوى قد ينقضى بسبب ارادى كالتنازل عن الدعوى أو باتفاق الأطراف على الصلح بينهما (م ١٠٣) ، أو بسبب غير ارادى مثل وفاة الخصم فى دعوى نفقة أو تطليق ، أو نزع ملكية العقار محل دعوى الشفعة ، أو اتحاد الذمة (١٢٤) . وتحقق شىء من ذلك يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى .

٣٤٥ ـ الخلاصة :

نخلص من كل ما سبق أنه يجب لقبول الدعوى ، أن تتوافر الشروط الايجابية والسلبية على السواء . ويجب على القاضى الحكم بعدم قبول الدعوى اذا تحقق من انتفاء شرط من هذه الشرائط ، وتقضى المحكمة بذلك ولو من تلقاء نفسها وذلك لتعلق شروط الدعوى ـ فى راينا ـ بالنظام العام ، ويجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى (١٢٥) . غير أن محكمة النقض قد استقر قضاؤها على أن عدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لا يعتبر متعلقا بالنظام العام ، وبالتالى فلا تحكم به

---

(١٢٤) وجدى راغب ـ مبادىء الخصومة ص ٣٤٨ .

(١٢٥) ومنها الدفع بعدم القبول لرفع الدعوى على غير ذى صفة (نقض ١٩٧٢/١٢/١٦ س ٢٣ ص ١٣٩٨ . ونقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الطعن ٩٦١ لسنة ٥٢ ق .

المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تجوز اثارته بالتالى لأول مرة أمام محكمة النقض . وسند محكمة النقض (١٢٦) فيما ذهبت اليه هو نص المادة ٢/١١٥ من قانون المرافعات التى أوجبت المحكمة ان رأت أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائما على أساس أجلت الدعوى لاعلان ذى الصفة .

والحقيقة فى رأينا أن القضاء الأخير لمحكمة النقض قضاء محل نظر ، لأن نص المادة ٢/١١٥ لا يؤدى بمفهومه الى ما انتهت اليه محكمة النقض ، حيث أن هذه المادة توجب على المحكمة اختصارا للاجراءات ، بدلا من الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير صفة ، أن تؤجل نظرا لاختصام صاحب الصفة الحقيقى . شريطة أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعوى وبمدد التقادم (١٢٧) . فهذا حكم خاص بانتفاء صفة المدعى عليه ، والبديل الذى حدده المشرع هو اختصام صاحب الصفة الحقيقى .

ونتساءل عن موقف القاضى اذا تأكد من انتفاء صفة رافع الدعوى نفسه ؛ هل يؤجل نظر الدعوى لاختصام المدعى الحقيقى ؟ وهل يمكنه أن يحكم بغرامة على المدعى عليه ؟ ان الاجابة على هذا السؤال لا يتصور أن تكون بغير النفى . وانما على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى - ومن تلقاء نفسه - لرفعها من غير ذى صفة . وليس من المعقول أن تتغير صفة الدفع الواحد من حالة الى أخرى ، فهو أمر يأباه المنطق القانونى المجرد . اضف الى ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١١٥ مرافعات لا تتحدث عن سلطة المحكمة فى الحكم بقبول أو عدم قبول الدعوى ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب بل انها توجب فحسب ، قبل الحكم بعدم قبول الدعوى - ان تؤجل نظر الدعوى لجلسة يتم فيها اختصام صاحب الصفة ، وذلك تحاشيا للقضاء على الدعوى ، وتجديدها من جديد برفعها على الخصم الحقيقى .

---

(١٢٦) نقض ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٤/٢/١٣ س ٢٥ ، ص ١٢٢٤ .

(١٢٧) نقض ١٩٨٠/٢/١٢ فى الطعن ٣٥٢ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٧/٥/٣ طعن ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق .

الفصل الثالث

تقسيمات الدعاوى

Classification dis actions

٣٤٦ - تحديد وتقسيم :

يجرى الفقه على تقسيم الدعاوى تقسيمات متعددة ، ومختلفة ، بتعدد واختلاف الأساس الذى يتخذ كمعيار للتقسيم . فهى تنقسم بحسب المطلوب الحكم به الى دعاوى تقريرية ودعاوى منشئة ودعاوى الزام . وتنقسم ثانيا بحسب المطلوب حمايته وهل هو حق أو مجرد وضع مادى لا يرقى الى مرتبة الحق ، ولهذا تنقسم الدعاوى الى دعاوى حق ودعاوى حيازة .

وعلى هذا ينقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة ، نتحدث فى الأول عن تقسيمات الدعاوى بحسب المطلوب الحكم به ، وفى الثانى نتحدث عن دعاوى الحق وتقسيماتها ، وفى الثالث عن دعاوى الحيازة وأنواعها وذلك على التفصيل الآتى :

المبحث الأول

تقسيم الدعاوى بحسب المطلوب الحكم فيها

المطلب الأول

الدعاوى التقريرية والمنشئة ودعاوى الالزام

٣٤٧ ـ تحديد :

تنقسم الدعاوى بحسب المطلوب من القضاء الحكم به فيها الى دعاوى تقريرية ، ودعاوى منشئة ، ودعاوى الزام .

٣٤٨ ـ أ ـ الدعاوى التقريرية : Les actions déclaratoires

الدعوى التقريرية (١) هى تلك التى يقتصر المطلوب فيها على مجرد الحصول على حكم قضائى ، يؤكد وجود الحق أو المركز القانونى المدعى به ، أو نفيه ، دون الزام المدعى عليه فيها باداء معين ، ودون ما احداث أى تغيير فى مراكز الخصوم . وهى بذلك قد تكون دعوى ايجابية ، اذا كان المطلوب فيها تأكيد وجود الحق او المركز القانونى المدعى ، ومثالها دعوى الاستحقاق ، ودعوى تحقيق الخطوط الاصلية وغيرها . وقد تكون سلبية ، اذا كان المطلوب فيها نفى حق او مركز قانونى . كدعوى براءة الذمة ، ودعوى التزوير الأصلية .

والدعوى التقريرية بذلك تعد دعوى موضوعية بحتة لأن الهدف منها هو مجرد الحصول على حكم موضوعى مؤكد لوجود الحق أو نفيه . ولذلك فهو يحوز الحجية القضائية الكاملة ، وهى ثانيا دعوى وقائية يكفى لقبولها أن يكون المدعى مهددا بضرر محقق .

---

(١) أنظر فى هذه الدعوى . فتحى والى ـ الوسيط ص ١٣٣ ـ ١٤٠ بند ٦٨ ـ ٧٢ . وجدى راغب . رسالة ص ٢٥٠ وما بعدها . المؤلف . قانون القضاء المدنى جـ ١ ص ١٠٧ وما بعدها . قواعد التنفيذ القضائى واجراءاته ؛ ط أولى ١٩٩٠ ، ص ٩٧ بند ٤٦ وما بعدها . كيوفندا ـ مبادىء ص ١٦٥ ـ ١٧٨ . كوستا ـ بند ٢٦ ص ٣٦ ـ ٣٩ .

٣٤٩ — (ب) الدعاوى المنشئة : Les Action Costitutives

والدعوى المنشئة (٢) هى التى يكون المطلوب فيها الحكم باحداث تغيير معين عما كان عليه الأمر قبل الحكم ، ويكون هذا التغيير بانشاء أو تعديل أو انهاء حق او مركز قانونى . مثل الدعوى التى يطلب فيها الخصم تعديل التزاماته التعاقدية بسبب الغبن أو الحوادث الطارئة . وكذلك دعوى الشفعة ودعوى التطليق أو الفسخ وغيرها . وبعبارة أخرى هى الدعوى التى يكون موضوعها حقا من الحقوق الارادية diritti potestativi التى يتوقف احداث التغيير فيها على تدخل القضاء .

وهذه الدعوى هى أيضا دعوى موضوعية تستهدف الحصول على حكم مؤكد لحق الخصم فى احداث التغيير ، والذى يتوقف احداثه على تدخل القضاء . ولهذا فان الحكم الذى يصدر فيها يعد حكما موضوعيا يحوز حجية الأمر المقضى . اثبات حصول الاعتداء على الحق حتى تقبل الدعوى المنشئة ، لأنه متوافر فيها دائما بمجرد المطالبة به (٣) .

٣٥٠ — (ج) دعاوى الالزام : Les Ac'ions de condamnation

دعوى الالزام (٤) هى التى يكون المطلوب فيها الحكم بالزام المدعى عليه باداء معين قابل للتنفيذ الجبرى . ومثالها دعوى المشترى بالزام البائع بتسليم العين المبيعة ، أو الدعوى بالزام المسئول بدفع التعويض المحكوم به ، او الزام المستاجر بدفع الاجرة . أو باخلاء العين المؤجرة بعد انتهاء عقد **الايجار** .

---

(٢) أنظر كوستا — بند ٢٧ ص ٤٠ — زانزوكى ج ١ ص ١٤٥ بند ٢١ . كيوفندا نظم ج ١ بند ٥١ وما بعده ص ١٦٨ — ١٨٠ . محمود هاشم — المرجع السابق بند ٥٦ ص ١١٣ — ١١٥ . فتحى والى الوسيط ص ١٤١ وما بعدها . وجدى راغب — مبادىء القضاء المدنى ص ٥٤ وما بعدها .

(٣) أنظر بند ٤٠ من هذا المؤلف ، وجدى راغب — الخصومة ص ١٢٧ — ١٢٨ . قارن فتحى والى — ص٧١ .

(٤) أنظر كوستا بند ٢٢ ص ٣٢ . ليبمان موجز بند ٢٤ — ص ٦٤ . كيوفندا — مبادىء ص ١٥٧ وما بعدها . ميكيلى بند ١٤ ص ٤٨ . فتجى والى — الوسيط ص ١٤٥ وما بعدها .

Mandrioli V. L'azione esecutiva, Milano 1955.

وتعد هذه الدعوى من الدعاوى الموضوعية ، لأنها تستهدف الحصول على حكم موضوعى يحوز حجية الأمر المقضى ، بتأكيد حق المدعى والزام المدعى عليه بأداء الحق . وبديهى أن هذه الدعوى لا تقبل الا اذا كان هناك اعتداء فعلى على الحق أو المركز القانونى ، لأنها تستهدف تطبيق الجزاء القانونى .

المطلب الثـــانى

أهمية هذا التقسيم

٣٥١ ـ تظهر أهمية هذا التقسيم المتقدم فى تحديد ما يعتبر من الأحكام الصادرة فيها سندا تنفيذيا وما لا يعتبر . اعتبارا بانه ليست كل أحكام القضاء تقبل التنفيذ الجبرى . لأن القوة التنفيذية لا تكون الا لأحكام الالزام وحدها (٥) ، دون غيرها من الأحكام التقريرية أو المنشئة . فالحكم التقريرى يستنفد الغرض منه بمجرد صدوره ، وهو تأكيد الحقيقة القانونية ، بتأكيد وجود الحق المدعى به أو نفيه . وكذلك الحكم المنشىء فهو يستنفد الغرض منه فور صدوره عن طريق تأكيد حق الخصم فى احداث التغيير المطلوب فى الحق أو المركز القانونى .

أما حكم الالزام فهو وحده الذى يقبل أن يكون سندا تنفيذيا ، لأن الحماية القضائية لا تتحقق بمجرد صدوره وانما يلزم قيام المحكوم عليه ـ اختيارا أو جبرا ـ بعمل معين لصالح المحكوم له يتمثل فى أداء ما هو المحدد فى الحكم لصالح المحكوم له .

---

(٥) أنظر تفصيلا ـ محمود هاشم ، قواعد التنفيذ القضائى واجراءاته ، مشار اليه بند ٤٩ ص ١٠٥ ـ ١٠٦ .

المبحث الثـــانى
دعـاوى الحـق
Actions Petitaires

٣٥٢ ـ تحـــديد :

يقصد بدعاوى الحق ، تلك الدعاوى التى يكون موضوعها حقـــا من الحقوق un droit التى يحميها القانون . ونظرا لأن للحق أنواع متعددة ، فمن الطبيعى أن تتعدد دعاوى الحق ، فهى تنقسم مثـــلا بحسب طبيعة الحق ذاته الى دعاوى عينية والى دعاوى شخصية . كما أنها تنقسم بحسب طبيعة المال الذى يرد عليه الحق الى دعاوى عقـارية وأخرى منقولة .

ونبين فى عجالة هذه الأنواع المختلفة لدعاوى الحق .

المطلب الأول
تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة الحق

٣٥٣ ـ تمهيـــد :

اعتبارا بأن الحقوق تنقسم الى حقوق شخصية وحقوق عينية ، فان الدعاوى المقررة لحمايتها لابد وأن تنقسم هى الأخـــرى الى دعاوى شخصية وأخرى عينية . ويضيف البعض الى هذا التقســيم ما يسمونه بالدعاوى المختلطة . وعلينا أن نتكلم عن هذا التقســيم وأهميتـــه العمليـــة .

الفـــرع الأول
الدعاوى الشخصية والعينيـــة والمختلطة

٣٥٤ ـ (أ) الدعاوى الشخصية : Les Actions personelles

يقصد بالدعوى الشخصية تلك الدعوى المرفوعة بحق شـخص مراد حمايته . ومن المعروف أن الحق الشخصى هو مجرد رابطة بين شخصين تجعل من أحدهما مدينا أو ملتزما بأن يؤدى عملا أو يمتنع عن عمـــل لصالح شخص آخر هو صاحب الحق أو الدائن . ومحل هذه الرابطة اما أداء عمل أو امتناع عن عمل ، أو التزام باعطاء .

ومن أمثلة الدعاوى الشخصية ، سائر دعاوى المديونية ، أى دعاوى المطالبة بسداد الديون ، وأيضا جميع دعاوى المسئولية ، العقدية أو التقصيرية . سواء كانت للمطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، أيا كانت طبيعته ، أو للمطالبة ببطلانه أو فسخه . وكذلك جميع دعاوى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة أو الأفعال النافعة على السواء .

٣٥٥ ـ (ب) الدعاوى العينية Les actions reélles

يقصد بالدعوى العينية تلك التى ترفع لحماية حق من الحقوق العينية ، ثبوتا أو نفيا . والحق العينى ـ كما هو معروف ـ عبارة عن سلطة لشخص على عين معينة ، ثابتة أو منقولة . والحقوق العينية قد تكون حقوقا أصلية أى حقوقا تقوم بذاتها ، غير مستندة على حقوق أخرى ، ومن أمثلتها حق الملكية وما تفرع عنها من حقوق ، مثل حقوق الانتفاع والرقبة ، والاستعمال ، والارتفاق .

وقد تكون حقوقا عينية تبعية ، لا تقوم بذاتها ، وانما هى لابد مستندة فى وجودها على حق شخصى تضمن الوفاء به ، ولذلك يطلق عليها التأمينات العينية وهى حقوق الرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، والاختصاص ، والامتياز .

وعليه تكون جميع دعاوى الملكية دعاوى عينية وكذلك جميع الدعاوى الأخرى التى ترفع بتقرير حق استعمال أو انتفاع أو ارتفاق أو نفيه دعاوى عينية . وكذا جميع دعاوى التأمينات العينية .

ومما تجدر الاشارة به فى هذا المقام . أن الحقوق الشخصية لا تدخل تحت حصر فى القانون المقارن ، بعكس الحقوق العينية فهى محددة فى القانون على سبيل الحصر ، ويترتب على ذلك أن تكون الدعاوى العينية التى تحميها محددة على سبيل الحصر هى الأخرى .

٣٥٦ ـ (جـ) الدعاوى المختلطة : Les actions mixtes

يذهب جانب من الفقه (٦) على اطلاق اصطلاح « الدعاوى المختلطة » على تلك التى ترفع مستندة على حقين ، أحدهما شخصى

---

(٦) Morel. traité, p. 61; japiot, traite, No 87, Vincent, proudure p. 70.
محمد حامد فهمى ـ المرافعات بند ٣٤٨

والآخر عينى ، ومثالها دعوى المشترى بعقد مسجل التى يطالب فيها بتسليمه العقار المبيع ، وذلك تنفيذا لعقد الشراء ، حيث أن المدعى فى هذه الدعوى يستند فى طلبه على حقين ، حقه العينى باعتباره مالكا للعقار بموجب العقد المسجل ، وحقه الشخصى باعتباره طرفا فى هذا العقد ، الأمر الذى يجيز له المطالبة بتنفيذه . ومن أمثلته الدعوى المختلطة ايضا دعوى البائع بفسخ العقد أو بطلانه واسترداد المبيع .

الفـــرع الثـانى

أهمية هذا التقسيم وتقديره

٣٥٧ ـ تظهر أهمية هذا التقسيم المتقدم فى تحديد الشخص الذى يمكن توجيه الدعوى اليه ، فالدعوى الشخصية لا توجه الا الى الطرف السلبى (الملتزم) فى الحق الشخصى المطلوب حمايته ، وهو معلوم دائما ، فى حين أن الدعوى العينية يمكن توجيهها لأى شخص يعتدى على الحق العينى أو يهدد بالاعتداء عليه ، أيا كان هذا الشخص ، فالحق العينى سلطة مباشرة لصاحبه على العين فى مواجهة الكافة دون تمييز . فالكل مطالب باحترام الحق العينى عدا صاحبه . ولهذا يمتاز الحق العينى بأنه يخول صاحبه سلطة تتبع الشىء محل الحق فى أى يد يكون .

ويؤخذ على هذا التقسيم أنه أضيق من أن يتسع ليشمل جميع الدعاوى ، حيث لا يشمل دعاوى معترف بها لحماية حقوق لا تعتبر حقوقا شخصية ولا حقوقا عينية ، مثل حقوق الأسرة والحقوق المتصلة بالأحوال الشخصية وكذلك دعاوى الشفعة (٧) . كما أن هناك دعاوى عينية لا تحمى حقوقا عينية مثل دعاوى الحيازة التى ترفع لمجرد حماية المركز الواقعى للحائز والذى لا يرقى الى مرتبة الحق العينى .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه يؤخذ على اطلاق تعبير الدعاوى المختلطة الكثير من تجاوز المنطق القانونى ، اعتبارا بأن أساس التقسيم هو طبيعة الحق ، وهو اما أن يكون حقا شخصيا واما أن يكون

---

(٧) وجدى راغب ـ مبادىء القضاء ، ص ١٣٥

حقا عينيا ولا يوجد فى نظامنا ما يسمى بالحق المختلط حتى يمكن اطلاق هذا التعبير على الدعوى التى تحميه . فضلا عن أن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء على هذه الدعاوى ، انما تحتوى على نوع من المغالطة فالدعوى المرفوعة ببطلان التصرف الناقل للملكية واسترداد المبيع فان البائع فى هذه الدعوى لا يستند الى حقه العينى ، لأن الغرض انه انتقل بالعقد المسجل الى المشترى - وانما يستند فحسب الى حقه الشخصى بوصفه طرفا فى عقد البيع (٨) .

وحتى لو وجدت دعوى تستند على حقين فى آن واحد ، فانها لا توصف بأنها دعوى مختلطة ، وانما هى فى الواقع دعويين أحدهما دعوى شخصية والأخرى دعوى عينية ، جمعتا فى صحيفة واحدة نظرا للارتباط بينها المتمثل فى وحدة المحل ووحدة الخصوم ، وليس هناك ما يمنع من جمعهما معا ، ولا من مباشرة كل منهما على استقلال .

المطلب الثانى

تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة المال محل الحق

الفرع الأول

الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة

٣٥٨ - تحديد :

تنقسم الدعاوى باعتبار ما يرد الحق المطالب بحمايته فيها الى دعاوى عقارية ، ودعاوى منقولة .

(أ) الدعاوى العقارية : Les actions immobilieres

وهى تلك الدعاوى التى ترد على الأموال الثابتة أى العقارات ، سواء كانت من المبانى أو من الأراضى .

(ب) الدعاوى المنقولة : Les actions mofilieres

وهى تلك الدعاوى التى ترد على الأموال غير الثابتة ، أى الأموال المنقولة ، سواء كانت هذه الأموال من المنقولات المادية ، أو كانت حقوقا فى الذمة .

---

(٨) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٩٦ وما بعدها . رمزى سيف ، بند ١٠٥ ابراهيم سعد ، بند ٨٥ .

وقد يتداخل هذا التقسيم فى سابقه ، وتكون الدعوى العينية ، عقارية أو منقولة ، حسبما يرد الحق العينى فيها على عقار أو منقول فالدعوى العينية العقارية هى الدعوى المرفوعة للمطالبة بحماية حق عينى على عقار ، سواء كانت الدعوى للمطالبة بتأكيد وجود هذا الحق أو نفيه ، مثال ذلك دعاوى الملكية ـ الاستحقاق ، دعاوى تقرير أو نفى حقوق الانتفاع أو الارتفاق ، وكذلك دعاوى التأمينات العينية ـ مثل دعاوى الرهن الرسمى أو دعاوى حق الاختصاص . ويدخل فى حكم هذه الدعاوى ، دعاوى الحيازة . أما الدعوى العينية المنقولة فهى الدعوى المرفوعة لحماية حق عينى على منقول ، مثل دعوى ملكية المنقول ، أو دعوى رهنه رهنا حيازيا .

(جـ) الدعوى الشخصية العقارية وهل هى موجودة فعلا ؟

واذا كان ما تقدم خاصا بالدعوى العينية ، فان الدعوى الشخصية لا تكون الا دعوى منقولة ، اعتبارا بأن محلها دائما هو رابطة قانونية بين شخصين . وطالما كانت كذلك فهى ليست محسوسة ولا تعتبر عقارا لذلك. والقاعدة أن الأشياء التى لا تعتبر عقارا تعتبر من المنقولات .

غير أن البعض (٩) قد ذهب الى أن الدعوى الشخصية يمكن أن تكون أيضا دعوى عقارية ، ويمثلون على وجودها بتلك الدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد غير مسجل على البائع لالزامه بتسجيل العقد ، هى ما تعرف فى الحياة العملية (بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع) أو (دعوى صحة التعاقد) .

ومن المقرر وعلى ما استقر عليه قضاء النقض ـ أن دعوى صحة ونفاذ العقد انما هى لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية تنفيذيا عينيا . وعلى ذلك لا يحكم القضاء باجابة الطالب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر فيها ممكنين (١٠) . وتتسع سلطة المحكمة

---

(٩) رمزى سيف ، بند ١١٠ ، عبد الباسط جميعى ، مبادىء ، ص ٣٥٩ ، احمد السيد صاوى ، بند ٤٦ . ابو الوفا ، بند ١٢٤ .

(١٠) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ فى الطعن ٢٣١٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٦/١٢/١٧ فى الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٦/١١ فى الطعن ١٢٧٦ لسنة ٥٣ ق .

المرفوعة اليها الدعوى لذلك لبحث كل ما يتعلق بموضوع العقد ومداه ، وجودا أو انعداما ، صحة أو بطلانا (١١) ، وبحث كل ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه (١٢) .

الفــرع الثــانى

أهمية هذا التقســيم وتقـديره

٣٥٩ ـ تنحصر أهمية التقسيم المتقدم فى تحديد المحكمة المختصة ، فحيث تكون الدعوى عينية عقارية أو دعوى من دعاوى الحيازة ، فان الاختصاص بنظرها ينعقد للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محـــل الحق العينى المطالب بحمايته ، أو أحد أجزاؤه . وحيث تكون الدعوى منقولة ، سواء كانت للمطالبة بحماية حق عينى على منقول أو بحق شخصى عليه ، فان الاختصاص بنظرها ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على قاعدة اختصاص أخرى .

أما من ناحية أن البعض كان قد أجرى تقسيما للدعوى الشخصية ، واعتبرها دعوى عقارية ان وردت على عقار ، ودعوى منقولة ان وردت على منقول . فان هذا القول تنقصه الدقة والموضوعية (١٣) ، اعتبارا بأن الدعوى ان كانت للمطالبة بحق شخصى فهى دائما دعوى منقولة ، لأن محلها رابطة قانونية بين شخصين ، وهى لذلك ليست شيئا محسوسا يوصف أحيانا بأنه عقار ، وأحيانا أخرى بأنه منقول . ويترتب على ذلك نزوما أن ينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة موطن المدعى عليه لأنها دائما منقولة ، على اعتبار أن كل ما ليس بعقار فهو منقول . نقول بذلك بالرغم من أن المشرع المصرى قد تأثر بما أجراه الفقه التقليدى للدعوى الشخصية الى دعوى شخصية عقارية ، ودعوى شخصية منقولة ، حين نص فى المادة ٥٠ من قانون المرافعات على أن الدعاوى الشخصية العقارية ترفع اما الى محكمة موطن المدعى عليه ، أو الى محكمة موقع العقار .

---

(١١) نقض ١٩٨٦/١/٩ فى الطعن ٧٣٨ لســــــنة ٥١ ق ، ١٩٨٦/٥/٢٢ فى الطعن ١١٥٨ لسنة ٥٢ ق .

(١٢) نقض ١٩٨٦/١٢/١٧ فى الطعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٨٧/٣/٢٦ فى الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٥٤ ق . نقض ١٩٨٥/١٢/٥ فى الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥١ ق .

(١٣) أنظر فى نقد هذا التقسيم ، أحمد مسلم ، بند ٢٤٧ ، فتحى والى ، بند ٤٨ ، وجدى راغب ، ص ١٦١ .

المبحث الثـــالث

الحيازة وحمايتهــا

٣٦٠ ـ تمهيـــد وتحـــديد :

لا تقتصر التشريعات على حماية الحقوق والمراكز القانونية ، من الاعتداء عليها أو التهديد به . وانما تعترف فى الوقت نفسه بحماية بعض المراكز الواقعية ، اذا وردت على العقارات ، عند الاعتداء على هـــذه المراكز الواقعية أو عند التهديد بالاعتداء عليها . وتتمثل هذه المراكـــز الواقعية فى الحيازة Possession

فالمشرع يحمى مجرد الحيازة ، والمشرع المصرى ـ بصفة خاصة ـ قد اهتم بالحيازة وحمايتها اهتماما بالغا ، حيث نظم طريقين لحمايتها ، الطريق المدنى عن طريق ما أسماه بدعاوى الحيازة Les Actions possessoires التى نظمها فى التقنين المدنى . والطريق الجنائى المتمثل فى تحـديد أفعال الاعتداء على الحيازة وتجريمها فى تقنين العقوبات .

وعلينا أن نحدد طريقى حماية الحيازة ، أى نتكلم فى الحماية المدنية للحيازة ثم فى الحماية الجنائية لها . وعلينا قبل أن نتكلم فى نوعى الحماية أن نتحدث قبل ذلك عن فكرة الحيازة ذاتها ، وعلة حمايتها ونطاق هذه الحماية .

المطلب الأول

فكرة الحيازة وسبب حمايتها ونطاقها

الفـــرع الأول

فكرة الحيـــازة

١ ـ تعريف الحيازة

٣٦١ ـ تعريف الحيازة فى فقه القانون :

تعرف الحيازة بأنهـا وضع مادى situation juridique de fait يتمثل فى سيطرة الشخص سيطرة فعلية على شىء (١٤) والحيازة بهذا

---

(١٤) سوليس وبيرو ـ الاشارة السابقة . وجدى راغب ، مبادىء القضاء ، ص ١٤٠ . محمد لبيب شنب موجز الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٤ ص ١٣٠ ، عبد المنعم البدراوى ـ الحقوق العينية الأصلية ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٦٨ ص ٥٢٩ بند ٤٨٨ . أمينة النمر ـ بند ١١٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

التعريف يمكن أن تتوافر بالنسبة المنقول ، كما تتوافر بالنسبة للعقار . الا أن المشرع لا يحمى حيازة المنقول عن طريق خاص مثل دعاوى الحيازة التى نحن بصـــدد دراستها . وانما يحميهـــا بقاعدة قانونية أخرى مؤداها : أن الحيازة فى المنقول سند الحائز . فالحيازة التى يحميها المشرع عن طريق دعاوى الحيازة هى حيازة العقار . وهو يحميهـــا لذاتها ، وبغض النظر عما اذا كان الحائز يستند فى حيازته الى حق أو كان مجرد مغتصب للعقار .

٣٦٢ ـ مفهوم الحيازة فى الفقه الاسلامى :

ولا يخرج تعريف الحيازة فى الفقه الاسلامى عن تعريفها المتقدم ، حيث أن الحيازة فى الفقه الاسلامى هى استيلاء الشخص على عين من الأعيان ، بحيث يكون تحت قدرته وسيطرته . وهى بعبارة أخرى « وضع اليد على الشىء والاستيلاء عليه والتصرف فيه » (١٥) .

واذا كانت الحيازة فى الأنظمة الوصفية تعد سببا لكسب الملكية ، فانها لا تعتبر كذلك فى الرأى الراجح فى الفقه الاسلامى الا فى المنقولات المباحة . أى الأشياء التى لا تدخل فى ملكية أحد . أما العقارات فان حيازتها هى الأخرى لا تؤدى الى تملكها الا اذا كانت أرضا لا تدخل فى ملكية أحد ، وكانت مواتا ، بشرط بقام الحائز لها بتحجيرها واحياؤها وفقا للشروط المقررة فى الفقه الاسلامى لاحياء الأرض الموات (١٦) .

ووضع اليد على أموال مملوكة للغير ليس من شأنه ـ مهما طالت مدته ـ أن يكسب واضع اليد ملكية ما يضع يده عليه ، ولا ان يسقط ملكية

---

(١٥) أنظر الشرح الصغير للدردير ، ج ٤ ، ص ٣١٩ ، والمادة ١٦٧٩ من مجلة الأحكام العدلية التى نصت على أن ذا اليد هو « الواضع اليد على عين بالفعل أو الذى يثبت تصرفه تصرف الملاك » حيدر ـ درر الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٩٢ . وتفصيلا محمود هاشم ـ اجراءات التقاضى والتنفيذ ـ طبعة أولى ١٩٨٩ ، بند ٣٧ ، ص ٥٧ .

(١٦) أنظر أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ـ القاهرة ـ دار الفكر العربى ١٩٧٧ ، ص ١٦٠ وما بعدها ، والمراجع التى ذكرها المؤلف فى هامش ١٩ من المرجع المشار اليه فى الهامش السابق .

صاحب المال الفعلى لأن الحق لا يتقادم . ولكن يعتبر وضع اليد ـ الحيازة ـ سببا فى منع سماع الدعوى عند الانكار . أما مع الاقرار فالحق ثابت به ، لأن ترك الحق مدة طويلة قرينة على بطلانه وأن اليد محقة عادلة اذا توافرت شروطها .

والحيازة فى الفقه الاسلامى وان لم تكن سببا للملكية ، فانها قرينة عليها ، فلا يكلف واضع اليد باثبات ملكيته ، وعلى مدعى العكس (الخارج) أن يقيم هو البينة على أن الحائز ليس صاحب الحق على العين التى بيده . فالحيازة دليل على الملك طالما أن الحائز قد ادعى ملكيته للعين ولم يقر بها لخصمه ولا لغيره ، وكانت العين فى يده وباستطاعته التصرف فيها والانتفاع بها (١٧) .

والحيازة فى الفقه الاسلامى أقسام ثلاثة . هى :

١ ـ « اليد المحقة العادلة ، والتى تكون ثمرة تصرف شرعى » كمن يضع يده على عقار أو منقول ، يدا ظاهرة ، مشاهدة ، مدة طويلة ، ويتصرف فيه دون منازعة من أحد سنوات عديدة مع قدرته . وهذه هى الحيازة التى يحميها الشرع الاسلامى ، وهى دليل على الملك .

٢ ـ اليد الظالمة الباطلة فلا تكسب حقا ولا تعد قرينة عليه . وانما يجب رد العين لصاحبها .

٣ ـ اليد التى لا يعرف مصدرها وهل هى باطلة أم صحيحة ، كاليد المجردة عن التصرفات فى العقارات ، واليد على المنقولات . وهذه اليد تعد قرينة على الملك ، وهى له عند الانكار مع يمينه عند البعض أو بدون اليمين عند البعض الآخر (١٨) .

واذا كانت الأنظمة الوضعية تحمى مجرد الحيازة بحسبانها دليلا وقرينة على الملك أو الحق ، وهى تحميها لذاتها ، بعيدة عن الحق

---

(١٧) أنظر مؤلفنا السابق الاشارة اليه ص ٥٨ ـ ٥٩ ، هامش ٢٣

(١٨) أنظر تفصيلا مؤلفنا ـ السابق الاشارة اليه ص ٦٠ ـ ٦١ وما أشرنا اليه من مراجع فى الفقه الاسلامى هامش ٢٤/٢٥ ، ٢٦ .

ودعواه ، فان الأمر ليس بهذا الوضوح فى الفقه الاسلامى ، حيث تختلط حماية الحيازة فيه بحماية الملك ، والتى تكون الحيازة ثمرة من ثمراته . ومع ذلك نجد أن الشرع الاسلامى يحمى مجرد الحيازة مستقلة عن الحق فى حالة معينة وهى عدم قيام البينة على عدم استحقاق صاحب اليد (١٩) .

٢ ـ الحيازة التى تحميها الأنظمة كافة

٣٦٣ ـ مفهوم الحيازة التى تحميها الأنظمة القانونية :

تذهب الأنظمة قاطبة (٢٠) الى حماية الحيازة لذاتها ، أى تحمى الحيازة مجردة ، سواء استند الحائز فى حيازته على حق أو كان مجرد مغتصب . الا أن هذه الأنظمة لا تحمى أى حيازة ، وانما تحمى فحسب الحيازة المعتبرة لديها ، أى حيازة معينة ، تطلبت فيها الأنظمة ـ كقاعدة ـ أمران : أن تكون حيازة قانونية أى شرعية ، وأن تكون حيازة مستوفية لشرائطها . وبعبارة أخرى أن تكون حيازة تكامل عنصراها وتوافرت شروطها وذلك على التفصيل الآتى :

٣٦٤ ـ أولا : الحيازة القانونية : Possession

الحيازة التى يحميها القانون المصرى كقاعدة هى الحيازة القانونية ، أى الحيازة التى يسيطر بها الشخص على عين معينة بوصفه صاحب الحق عليه ، أى الحيازة التى توافر عنصراها المادى والمعنوى :

١ ـ العنصر المادى للحيازة : corpus

ويتمثل فى السيطرة المادية على الشىء محل الحيازة . وهو كما يقول أحد فقهاء المذهب المالكى « وضع اليد على الشىء والاستيلاء عليه » (٢١) ، وتتحقق هذه السيطرة بقيام الحائز بكل الأعمال

---

(١٩) أنظر تفصيلا مؤلفنا السابق الاشارة اليه ، ص ٦١ ـ ٦٢ ، هامش ٢٧ .

(٢٠) مع ملاحظة ما أشرنا اليه فى البند السابق خاصا بالفقه الاسلامى .

(٢١) الدردير ، الشرح الصغير ، جـ ٤ ص ٣١٩ .

المادية التى يقوم صاحب الحق بها عادة على الشىء ، أى بالمباشرة الفعلية للسلطات التى يمنحها الحق على الشىء . وعلى ذلك فالأعمال أو التصرفات القانونية لا تكفى وحدها لقيام الركن المادى للحيازة (٢٢) . وتختلف الأعمال المادية باختلاف طبيعة الأشياء محل الحيازة ، فان كانت أرضا زراعية ، فالسيطرة المادية عليها تتحقق بزراعتها أو اعدادها للزراعة ، وأن كانت منزلا فيتحقق الركن المادى بسكناه أو اعداده لذلك ، وان كانت عيادة فبمباشرة مهنة الطب فيها واستقبال المرضى بها ، ولا يشترط أن يقوم الحائز بهذه الأعمال بنفسه ، فقد يقوم بها بواسطة تابعيه ممن ياتمرون بأمره ويعملون لحسابه (٢٣) .

٢ ـ العنصر المعنوى : animus

لا يكفى لقيام الحيازة القانونية توافر السيطرة المادية على الشىء وانما يلزم لوجودها أن تتوافر لدى الحائز فى قيامه بالأعمال المادية نية الظهور على الشىء محل الحيازة بمظهر صاحب الحق ، أى يقوم بالأعمال المادية التى يتطلبها الشىء وفقا لطبيعته باعتباره صاحب الحق عليه (٢٤) ، فان كان يقوم بهذه الأعمال المادية بوصفه

---

(٢٢) محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق بند ١٢٩ ص ١٣١ . عبد المنعم البدراوى ـ بند ٤٩٤ ص ٥٣٥ . وجدى راغب ـ مبادىء القضاء ، ص ١٤٦ . أبو الوفا ـ بند ١٣٠ ص ١٢٨ .

(٢٣) عبد المنعم البدراوى بند ٥٠٨ ص ٥٥٨ ـ ٥٥٩ . محمد لبيب شنب ، بند ١٣١ ص ١٣٣ ـ ١٣٤ . وجدى راغب ـ ص ١٤٦ . فتحى والى ـ الوسيط ص ١٠٣ بند ٥٢ .

(٢٤) وقد اختلف الفقه فى تحديد المقصود بهذه النية . فذهب سافينى ومن أيدوه الى أن النية الواجب توافرها لدى الحائز هى نية التملك animus domini بينما ذهب الفقيه الألمانى اهرنج الى أن النية المطلوبة هى نية الحيازة animus possessionis أى نية استعمال الشىء . وهذه هى النظرية المادية التى لا تجعل من النية عنصرا مستقلا عن العنصر المادى ، بل هى جزء منه (أنظر فى هذا كله . عبد المنعم البدراوى بند ٤٩٦ ص ٥٣٧ ـ ٥٣٩ . لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ١٣٦ ـ ١٣٧) .

مستأجرا أو مستعيرا أو حارسا . فان حيازته تكون مجرد حيازة مادية عرضية détention على الشيء ، ولا تعتبر حيازة قانونية . فالحيازة العرضية اذن ، هى تلك التى يتوافر بشأنها العنصر المادى دون العنصر المعنوى . والحائز العرضى هو من يحوز لحساب غيره ويستند فى حيازته الى سند قانونى يخوله مباشرة الأعمال المادية ، ويلزمه برد الشيء محل الحيازة الى صاحب الحق فيه . كما لو كان وكيلا عن المالك أو مؤجرا للأرض ، أو مودعا لديه أو حارسا على الشيء .

ويقتضى توافر هذا العنصر أن تكون الأعمال التى يقوم بها الحائز أعمالا متعدية على الشيء ، اذ لا تقوم الحيازة على الأعمال التى يقوم بها الشخص على أنها من المباحات أو التى يتحملها الغير على سبيل التسامح (٢٥) .

ومن ناحية أخرى فان الأنظمة ، ومنها النظام المصرى ، لا تتطلب قيام الحائز باثبات نية حيازته ، طالما كان واضعا اليد على العين ، اعتبارا منها أن مجرد وضع اليد على العين يعد قرينة على توافر نية الحائز فيما يحوز ، وأن العنصر المادى دليل على توافر العنصر المعنوى . ويكون على مدعى العكس عبء الاثبات (م ٩٦٣ مدنى) .

موقف المشرع المصرى :

يأخذ المشرع المصرى (٢٦) ، كقاعدة بالاتجاه - يتضح بذلك أن المشرع المصرى يأخذ ، كقاعدة بالاتجاه اللاتينى (٢٧) ، ولا يعترف الا بحماية الحيازة القانونية . ولكن المشرع المصرى ، رغم

---

(٢٥) لبيب شنب - بند ١٣٨ ص ١٣٨ - ١٣٩ ، وجدى راغب ص ١٣٦ - عبد المنعم البدراوى بند ٥٠٥ ، نقض ١٩٨٨/١١/١٦ فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق .

(٢٦) أما القانون الفرنسى فانه يحمى الحيازة المادية ، فالحائز المادى dé'enteur يستطيع أن يحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة (م ٤/٢/٢٢٨٢ مدنى فرنسى) مضافة بالقانون ٧٥ - ٥٩٦ الصادر فى ١٩٧٥ (انظر فنسان بند ٤٩ مكرر ص ٧٤) ، فنسان وجنشار بند ٥٨ ، ص ٨٧ - ٨٨ .

(٢٧) وهذا هو الراى السائد فى مصر . عبد المنعم البدراوى - بند

ذلك ، قد تاثر بالنظرية المادية فى الحيـــــازة ، واعترف بحمـــــاية الحيازة المادية فى حالتين هما :

١ ـ حالة المستأجر :

فقد نصت المادة ٥٧٥ مدنى على حق المستأجر فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد ، بالرغم من اعتباره حائزا عرضيا (٢٨) .

٢ ـ حالة استرداد الحيازة :

نصت المادة ٢/٩٥٨ مدنى على ان « للحائز بالنيابة عن غيره رفع دعوى الاسترداد » . وبذلك فان دعوى الاسترداد وهى احدى دعاوى الحيازة يمكن رفعها لاسترداد الحيازة العرضية (٢٩) .

٣٦٥ ـ شروط الحيازة القانونية :

لا يكفى أن تكون الحيازة قانونية حتى يمكن حمايتها بدعاوى الحيازة ، وانما يلزم فضلا عن ذلك أن يتوافر فى الحيازة الشـــــروط الآتيـــــة :

---

٥٩٧ ص ٥٣٩ وما بعدها . لبيب شنب ـ ص ١٣٧ محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٦٣١ بند ٥٠٥ . رمزى سيف بند ١١٩ ـ ص ١٤٩ وما بعدها ـ أحمد أبو الوفا بند ١٣٠ ص ١٢٨ . عبد الباسط جميعى ـ ص ٣٦٥ ـ فتحى والى الوسيط ص ١٠٣ . وجدى راغب ص ١٤٦ ـ وكان القانون المدنى المصرى الملغى يعتنق صراحة نظرية الحيازة القانونية بعنصريهـــا فيما عدا دعوى الاسترداد ولما صدر القانون المدنى الحالى فقد عدل عن موقفه السابق وأجاز للحائز بالنيابة رفع دعوى الاسترداد ، كما أباح للمستأجر ان يرفع باسمه جميع دعاوى اليد ـ الأمر الذى ادى بالبعض (عبد المنعم الشرقاوى بند ٤٦ ص ٦٧ ـ ٦٨) الى القول بأن المشرع قد اعتنق النظرية المادية فى الحيازة . أنظر فى عرض الرأى ونقده عبد المنعم البدراوى بند ٤٩٧ . رمزى سيف بند ١٢٠ ص ١٥١ وما بعدها .

(٢٨) مع ملاحظة أن هناك من يرى أن المستأجر لا يستطيع رفع دعاوى اليد فى مواجهة المؤجر (نقض ١٩٧٦/٥/٥ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٠٦٣) .

(٢٩) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ فى الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق .

١ ـ الاستمرار :

يجب أن تكون حيزة الحائز مستمرة continue مدة سنة فلا يكفى أن يقوم الحائز بالأعمال المادية التى يقوم بها عادة صاحب الحق باعتباره كذلك مرة واحدة . وانما يلزم أن يستمر فى هذه الأعمال على النحو الذى تقتضيه طبيعة العقار . ولا يلزم أن يستعمل الحائز العقار دون انقطاع ، وانما يكفى فحسب أن يكون استعماله له مثل استعمال صاحب العقار عادة (٣٠) . ويستطيع الحائز أن يضم الى حيازته مدة حيازة سلفه وفى ذلك تنص المادة ٩٥٥ على انه يجوز للخلف الخاص أن يضم حيازته الى حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر (٣١) . وعلى ذلك فاذا لم يتوافر الاستمرار على هذا النحو لم نكن بصدد حيازة بالمعنى الصحيح وذلك لتخلف ركنها المادى . ولكن ذلك لا يعنى أن فقد الحيازة مدة معينة من شانه هدمها كلية ، فالمشرع ينص على أن الحيازة لا تنقضى اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى (٣٢) . ولكنها تنقضى اذا استمر هذا المنع سنة كاملة ، وكان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه (م ٩٥٧ مدنى) .

ويقع على المدعى عبء اثبات استمرار حيازته مدة السنة ، ويكفيه اثبات بدء حيازته للحق وأنه كان حائزا عند وقوع الاعتداء ، فتفترض حيازته فى الفترة بين الواقعتين (٣٣) .

---

(٣٠) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٠٤ ـ وجدى راغب ص ١٧٠ . عبد المنعم البدراوى ـ بند ٥١٥ فقد يقضى استعمال الأرض للزراعة تركها بعض الوقت مثلا . أنظر كذلك حكم ١٩٧٣/٢/٨ س ٢٤ ص ١٧٥

(٣١) وهذا يفترض أن حيازة السلف كانت صالحة لانتاج الأثر الذى يتمسك به الخلف الخاص ، وأن تكون قد انصبت على ذات الحق الذى يحوزه (عبد المنعم البدراوى ـ ص ٥٦٦) نقض ١٩٧٦/٦/٣٠ س ٢٧ ص ١٤٦٢

(٣٢) طالما كان هذا المانع ليس ناشئا عن حيازة جديدة . كما لو طغى الفيضان على الأرض او حالت قوة قاهرة أخرى دون حيازة الشىء كاحتلال العدو (عبد المنعم البدراوى ـ ٥٦٢ ـ ٥٦٣) .

(٣٣) فتحى والى ـ الوسيط ـ ص ١٠٦ وجدى راغب ص ١٤٨ .

٢ ـ الهدوء : paisible

يشترط فى الحيازة ثانيا أن تكون هادئة أى غير مشوبة بعنف أو اكراه violence ، فاذا نوزع الحائز فى حيازته ، واستمرت هذه المنازعات حولها فان الحيازة لهذا تكون معيبة ولا يجوز حمايتها . ولكن اذا اكتسبت الحيازة بالقوة ثم استقرت بعد ذلك هادئة فتصبح الحيازة صحيحة منذ الوقت الذى أصبحت فيه هادئة ، وتحتسب مدة السنة منذ هذا الوقت (٣٤) . ولكن لا يقصد بالاكراه الذى يعيب الحيازة استخدام القوة المادية ، وانما يتحقق ولو باستخدام الاكراه المعنوى كالتهديد أو الارهاب (٣٥) . كما ان الاكراه عيب نسبى بمعنى ان الحيازة لا تعتبر معيبة به الا بالنسبة لمن وقع عليه الاكراه ، آى من استعمل الحائز ضده اعمال العنف والتهديد فى سبيل كسب الحيازة ، فلا يكون للحائز أن يتمسك بحيازته قبل هذا الشخص .

٣ ـ الظهور : publique

بمعنى ان تكون حيازة الحائز علنية ظاهرة ، فان كانت خفية clandestinte ، فانها تكون معيبة ولا تقبل حمايتها بدعاوى الحيازة (٣٦) . مع ملاحظة أن هناك من الحقوق العينية الأصلية ما لا تقبل بطبيعتها سوى الحيازة غير المستمرة أو الخافية مثل الارتفاقات غير المستمرة مثل المرور أو الشرب ، أو الارتفاقات غير الظاهرة مثل الارتفاق بعدم البناء . وقد راينا أن الرأى السائد يذهب الى عدم حماية

---

(٣٤) فتحى والى ـ الاشارة السابقة . وجدى راغب الاشارة السابقه . عبد الباسط جميعى ص ٣٦٦ احمد مسلم ـ ص ٣٥٧ هامش (٢) . عبد المنعم البدراوى ـ ص ٥٧٣ بند ٥١٦ . لبيب شنب بند ١٣٣ ص ١٣٤ ـ ١٣٥ . وقارن نقض ١٤/١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٥٣ والذى قالت فيه « ان التعدى الواقع على الحيازة بعد بدئها هادئة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك » .

(٣٥) عبد الباسط جميعى ـ الاشارة السابقة . لبيب شنب ـ بند ١٣٣ ص ١٣٤ .

(٣٦) عبد المنعم البدراوى ـ بند ٥١٧ ص ٥٧٤ ـ ٥٧٥ . لبيب شنب بند ١٣٤ ص ١٣٥ .

هذه الحقوق غير الظاهرة أو غير المستمرة بدعاوى الحيازة ، الا أن تكون هذه الارتفاقات مقررة اتفاقا أو قانونا .

٤ ـ الوضوح :

يجب أخيرا فى الحيازة أن تكون واضحة غير مشوبة بلبس أو غموض équivoque بمعنى أن شكا لدى من يحتج عليه بالحيازة لا يثور حول معرفة ما اذا كان الحائز يحوز لحسابه أو بالنيابة عن الغير . وهذا الشرط يتعلق بالعنصر المعنوى للحيازة . وعلى ذلك اذا توفى المورث وترك عقارا فى حيازة أحد ورثته واستمرت هذه الحيازة ، فانها تكون حيازة غامضة ، نظرا للشك الذى يثور حول نية حيازة الوارث ، فهل يحوز بوصفه مالكا للعقار ، أم أن العقار جزء من تركة هو شريك فيها . وكذلك حيازة الشريك على الشيوع تعتبر حيازة غامضة نظرا للشك الذى يثور حول نية حيازة الشريك ، هو يحوز العقار بوصفه مالكا للعقار ، أم أنه يحوز بوصفه نائبا عن باقى الشركاء (٣٧) . ولكن اذا وضع الشريك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار ، كان له أن يحمى حيازته من الاعتداء عليها بدعاوى الحيازة سواء كان الاعتداء من الغير أو من الملاك الآخرين على الشيوع (٣٨) .

مما تقدم يتضح أن الحيازة التى يحميها القانون لذاتها ، بدعاوى الحيازة هى تلك الحيازة القانونية بعنصريها المادى والمعنوى ، مستكملة شرائطها ، الاستمرار والظهور والهدوء والوضوح فى الحدود المتقدمة ، وعلى المدعى اثبات توافر حيازته هذه . ويكفيه أن يثبت سيطرته سيطرة

---

(٣٧) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ س ٢٠ ص ١٣٣٨ ، غير أن محكمة النقض قد عادت وقررت أن وضع اليد على عقار مفرز أو حصة شائعة فيه يؤدى الى الاعتراف للشريك على الشيوع اقامة دعاوى الحيازة لدفع التعرض الواقع له أيا كان المتعرض ولو كان أحد شركائه على الشيوع (نقض ١٩٨٨/١١/١٦ الطعن ٧١١ لسنة ٥٨ ق ، نقض ١٩٧٨/٤/١٩ س ٣٠ ، ص ١٣١) .

(٣٨) فتحى والى ـ الوسيط ص ١٠٧ ـ ١٠٨ . رمزى سيف بند ١٢١ سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٩٧ ص ١٧٥ ـ ١٧٦ . نقض ١٩٧٤/١٢/٣ س ٢٥ ص ١٣٢٤

مادية على العقار مدة سنة حتى يفترض فيه أنه الحائز حيازة قانونية مستوفية شرائطها الأخرى . وعلى من يدعى عيبا من عيوب الحيازة فعليه اثباته (٣٩) . علما بان الحيازة واقعة مادية يجوز اثباتها بطرق الاثبات كافة (٤٠) .

٣٦٦ ـ الحيازة التى يحميها الشرع الاسلامى :

واذا كانت الحيازة التى تحميها الأنظمة الوضعية هى الحيازة القانونية المستوفية شروطها السابقة ، فان شريعة الاسلام لا تحمى الا الحيازة المعتبرة شرعا اى الحيازة الشرعية ـ التى استكملت ركناها المادى والمعنوى ، من سيطرة على العين والتصرف فيه بنية الملك والاستحقاق ، وفقا لطبيعة الشىء المحاز .

كما اشترط فقهاء الاسلام فضلا عن ذلك شروطا فى الحيازة هى نفسها التى تحدثنا عنها فيما سبق ، فاشترطوا فيها أن تكون هادئة ظاهرة واضحة مستمرة المدة التى حددوها ، وان اختلفوا فى تقديرها . وزاد الفقه الاسلامى على ذلك حتى تسمع دعوى الحائز حضور مالك المال المحاز بالبلد الموجود به المال المحاز مع علمه بملكيته للمال وبحيازة الحائز له وتعرفه عليه ، وسكوته وعدم اعتراضه طوال المدة التى حددها .

ومما تجدر الاشارة به أن الفقه الاسلامى لم يفرق فى حماية الحيازة ، بين حيازة المنقول وبين حيازة العقار . كما أنه يحمى الحيازة بحسبانها قرينة ودليل على الحق ، وأن حمايتها هى فى ذاتها حماية للحق الأصلى فى ذاته . ومن هنا لم يخص الفقه الاسلامى الحيازة بدعاوى خاصة تختلف عن دعاوى الحق ، وانما الدعوى التى تحمى الحيازة هى نفسها الدعوى التى تحمى الحق . حيث ان هناك من يطلق على الحيازة فى الفقه الاسلامى عبارة الحق أى أنها « حق مقصود » (٤١)

---

(٣٩) فتحى والى ـ ص ١٠٨ . عبد المنعم البدراوى ـ ص ٥٤٤ ـ ٥٤٥ .

(٤٠) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٠ س ٢٠ ، ص ٩٠٣ ، ١٩٦٩/٢/١٦ س ٢٠ ، ص ١٢٦٧ .

(٤١) أنظر تفصيلا مؤلفنا ـ اجراءات التقاضى والتنفيذ ، ص٦٤ ـ ٦٥ بند ٣٨ والمراجع التى اشرنا اليها فى هامش ٣٤ .

الفـــرع الثـــانى
علة حماية الحيازة ونطاقها

١ ـ الحكمة من حماية الحيازة

٣٦٧ ـ اذا كانت الانظمة المختلفة تحمى الحيازة لذاتها ، بغض النظر عن استنادها على حق أو عدم استنادها على أى حق ، فان هذه الأنظمة تفعل ذلك تحقيقا لاعتبارين هما (٤٢) :

١ ـ حماية المصلحة العامة :

وجد المشرع فى حماية الحيازة لذاتها ما يؤدى الى تحقيق المصلحة العليا للمجتمع . لأن فى حمايتها وحل مشاكلها عن طريق القضـــاء ما يحقق الاستقرار ، وما يؤدى اليه من حفظ الأمن والنظام العام ، ولو ترك الأمر للأفراد ، لأدى ذلك الى فتح باب الصراع واستخدام العنف ، الأمر الذى يهدد السلام والأمان للمواطنين ، فالحائز ولو كان مغتصبا فى بداية الأمر ، ولكنه استمر فى حيازته حيازة ظاهرة هادئة ، فانه يكون جديرا بالحماية ، وليس من المستساغ أن يترك صاحب الحق المغتصب يستأدى لنفسه ، ويعتدى على حيازة الحائز ، ولو كان مغتصبا بالفعل ، بحجة الدفاع عن حقه واسترداده ، والا كان فى ذلك عودة الى نظـــام القضاء الخاص . وانما يكون لصاحب الحق أن يلجأ الى القضاء طالبـــا تأكيد حقه واسترداد العقار من الحائز ان كان مغتصبا .

٢ ـ حماية المصلحة الخاصة للحائز :

تؤدى حماية الحيازة لذاتها أيضا الى تحقيق المصـــلحة الفردية للحائز ، لأن الحيازة تخوله ميزات عديدة وحماية حيـــازته يحقق له الانتفاع الفعلى بهذه الميزات ومنها :

---

(٤٢) رمزى سيـــف ـ بند ١١٧ ص ١٤٦ ـ ١٤٧ . وجدى راغب ص ١٤٠ وما بعدها ، احمد مسلم ـ ص ٣٣٨ وما بعدها ـ بند ٣١٠ . أحمد أبو الوفا ـ بند ١٣٢ ص ١٢٩ ـ ١٣١ . فتحى والى ـ الوسيط ص ١٠١ بند ٥٠ . محمد لبيب شنب ـ موجز الحقوق العينيـــة الأصلية ١٩٧٤ ص ١٢٧ ـ ١٢٨ بند ١٢٦ عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص ٥٣١ . سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٥٤ ص ١٤١ ـ ١٤٢ .

الحيازة هى وسيلة الحائز فى ممارسة الحق :

اذا كان الحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء محدد ، فالحيازة تكون وسيلته لممارسته سلطاته المقررة على الحق . وحرمانه من هذه الحيازة يؤدى الى حرمانه من مزايا الحق (٤٣) .

الحيازة قرينة على الحق :

ان حماية الحيازة يؤدى الى حماية الحق ذاته ، والتجاء صاحب الحق الى حماية الحيازة يؤدى الى تحقيق حماية حقه بطريقة سهلة ، خاصة وان المشرع يجعل من الحيازة قرينة على الملكية حتى يقوم الدليل العكسى (م ٩٦٤ مدنى) ، وبهذا فان الحائز لا يقع عليه عبء اثبات ملكيته للحق ، لأنه يعد فى نظر القانون مالكا له طالما كان حائزا له ، ولكن يقع عبء الاثبات العكسى على مدعى هذا العكس .

الحيازة سبب لتملك الحق :

ينص المشرع على أن من « حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، او حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشىء أو الحق العينى اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٩٦٨ مدنى) . فكأن الحيازة بذلك قد تؤدى الى تملك الحق محل الحيازة متى توافرت الشروط التى يحددها القانون فى هذا الصدد (٤٤) .

٣ ـ نطاق حماية الحيازة :

رأينا أن المشرع لا يحمى بدعاوى الحيازة الا الحقوق العينية الواردة على العقار . ويترتب على ذلك ما يلى :

---

(٤٣) وجدى راغب ـ مبادىء الخصومة ص ١٦٥ ـ ومبادىء القضاء ص ١٤٣ .

(٤٤) راجع نقض ١٩٦٩/٦/١٠ س ٢٠ ص ٩٠٣ ، ١٩٦٩/٦/٤ نفس السنة ص ٨٥٨ ، ١٩٧٥/١/١٤ س ٢٦ ص ١٥٣ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ س ٢٧ ، ص ٧٢٨ ، ١٩٧٦/٦/٣٠ نفس السنة ص ١٤٦٢

١ ـ عدم حماية الحقوق الشخصية :

فاذا كانت دعاوى الحيازة لا تحمى الا الحقوق العينية ، فان الحقوق الشخصية ولو تعلقت بعقار ، لا يمكن أن تكون محلا لدعوى الحيازة (٤٥) . وحكمة ذلك أن الحيازة هى السيطرة الفعلية على شىء محدد ، أما الحق الشخصى فهو مجرد رابطة قانونية بين شخصين ، فهو لا يخول صاحبه سيطرة مادية على شىء معين . واذا كانت هذه هى القاعدة ، فان المشرع قد خرج عليها بالنسبة لمستاجر العقار ، بالرغم من اعتباره صاحب حق شخصى (٤٦) ، اذ تنص المادة ٥٧٥ مدنى على حق المستأجر فى رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه (٤٧) .

٢ ـ عدم حماية الحقوق العينية الواردة على المنقول :

لا يحمى المشرع بدعاوى الحيازة الحقوق العينية الواردة على المنقول ، ذلك لأن حيازة هذه الحقوق تختلط بملكيتها ، ومن ثم فانها تحمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، فهى تحمى الحق والحيازة معا (٤٨) .

٣ ـ عدم حماية الأموال التى لا تقبل ان تكون محلا للحق العينى :

اذا كان المشرع لا يحمى الا حيازة الحقوق العينية العقارية ، فان ذلك يستلزم أن يكون العقار محل الحق من العقارات التى لا تقبل لأن تكون محلا للحق العينى ، فاذا لم يكن العقار قابلا لأن يكون محلا للحق العينى المدعى بحيازته ، فلا تجوز حمايته بدعوى الحيازة ،

---

(٤٥) سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٥٨ ص ١٤٥ .

(٤٦) أنظر فى التكييف القانونى طعن المستأجر ـ سنيوت حليم دوس ، مجلة القضاة ، س ١٩ ـ العدد الأول ١٩٨٦ ص ١٣٣ وما بعدها .

(٤٧) وان كان الراى يتجه الى أن المستأجر لا يستطيع حماية حيازته بدعاوى الحيازة فى مواجهة المؤجر ، وانما عليه سلوك سبيل دعوى العقد (نقض ١٩٧٦/٥/٥ س ٢٧ ص ١٠٦٣) . فنسنان بند ٤٩ مكرر ص ٧٥

(٤٨) سوليس وبيرو جـ ١ بند ١٥٩ ص ١٤٦ ـ ١٤٧ . رمزى سيف بند ١١٦ ص ١٤٦ . فنسان وجونشار ، بند ٨٣ ، ص ٨٩ .

مثل الأملاك العامة (٤٩) ، والعقارات التى تعتبر فى حكم ملك الله كالمساجد والأضرحة (٥٠) .

ولكن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، فيمكن أن تكون محلا لدعاوى الحيازة من جانب الأفراد . وكذلك الأملاك العامة من جانب الدولة .

واذا ما كان الحائز يدعى حيازته لحق عينى أصلى على عقار ، فى الحدود المتقدمة ، كان له رفع دعوى الحيازة لحمايته ، سواء كان الحق العينى حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى كالانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق (٥١) . وسواء كان العقار المدعى بحيازته عقارا بطبيعته أم عقارا بالتخصيص (٥٢) .

---

(٤٩) نقض ١٩٨٧/٦/٢٥ فى الطعن ٣٥٣ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/٤/١٠ فى الطعن ٦٨٠٢ لسنة ٥١ ق .

(٥٠) وفى ذلك يذهب جمهور الفقهاء الى أن العقار حتى يمكن حماية حيازته لابد ان يكون مما يجوز تملكه بالتقادم أى جائز التعامل فيه . فالأملاك العامة لا تجوز حماية حيازتها بالنسبة لمن يدعيها . أما الدولة فلها رفع كافة دعاوى الحيازة بالنسبة لهذه الأموال (محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٤٩٥ ص ٦٢١ — ٦٢٢ . رمزى سيف بند ١٢٢ ص ١٥٥ . أحمد أبو الوفا بند ١٣٨ ص ١٣٦ . عبد المنعم الشرقاوى شرح بند ٥٢ ص ٨٢ ، نقض ١٩٧٤/١/١٧ س ٢٥ ص ١٧٤) . قارن وجدى راغب . مبادىء الخصومة — ص ١٦٧ . فتحى والى الوسيط ص ١٠٩ هامش (٥) والذى يرى عدم اشتراط أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم ، لأنه ليس فى طبيعة الحيازة أو نصوص القانون ما يستوجب ذلك وينتهى الى أن العقار اذا كان يقبل أن يكون محلا لحق عينى فيحمى هذا الحق بدعوى الحيازة ولو منع القانون تملكه بالتقادم .

(٥١) ويذهب جمهور الفقه بالنسبة لحقوق الارتفاق ، الى ضرورة أن تكون من الحقوق الظاهرة المستمرة حتى يمكن حمايتها بدعوى الحيازة ، فان كان غير ذلك فانه لا يجوز تملكه بالتقادم ومن ثم لا يحمى الانتفاع به عن طريق دعوى الحيازة . باستثناء ما اذا كان حق الارتفاق غير الظاهر مقررا بالاتفاق أو بنص القانون (رمزى سيف — الاشارة السابقة — أحمد أبوالوفا الاشارة السابقة . عبد المنعم الشرقاوى ، الاشارة السابقة ، محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٦٢٢ — ٦٢٣ بند ٤٩٦) . قارن وجدى راغب — الاشارة السابقة ، فتحى والى — الاشارة السابقة .

(٥٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى — بند ٤٩٤ ص ٦٢١ .

المطلب الثـــــانى

الحماية المدنية للحيازة

دعاوى الحيــــازة

٣٦٨ - تحـــــديد :

رأينا فيما سبق أن النظام المصرى يحمى الحيازة لذاتها ، مستقلة عن الحق محل الحيازة . وينظم لحمايتها طريقا أصيلا هو الطريق المدنى عن طريق الدعاوى التى نظمها وأجاز للحائز استخدامها دفاعا عن حيازته عند الاعتداء عليها ، أو حتى عند التهديد بهذا الاعتداء . وهذه الدعاوى هى ما تعرف بدعاوى الحيازة Les Actions possessoires التى وضـع قواعدها فى القانون المدنى ، وترك اجراءات استخدامها وقواعـــده لقانون المرافعات .

ودراسة علمية للطريق المدنى لحماية الحيازة تقتضى منا الحديث عن الشروط الواجب توافرها لقبول دعاوى الحيازة ، ثم الحديث عن طبيعتها ونظامها القانونى ، وذلك فى فرعين قادمين :

الفـــــرع الأول

شروط دعوى الحيازة

٣٦٩ - تمهيـــد وتحـــديد :

اذا كان المشرع المصرى قد اعترف بحماية الحيازة مدنيا لذاتها . واعترف للحائز بحق حمايتها عن طريق دعاوى الحيازة ، فان المشرع قد حدد شروطا يجب توافرها لوجود هذا الحق والا كانت الدعوى غير مقبولة . ودعوى الحيازة ، شأنها شأن غيرها ، يجب لقيامها أى لقبولها توافر الشروط العامة فى الدعوى عموما من مصلحة وصفة ، وعدم انقضاء الحق فيها لأى سبب من الأسباب ، مثل سبق الفصل فيها أو التنازل عنها .

وبالاضافة الى الشروط العامة لقبول دعوى الحيازة ، فان الأنظمة عادة تشترط لقبولها شروط خاصة بها .

ومما تجدر به الاشارة فى هذا المقام أن المشرع المصرى قد نظم ثلاثة أنواع من دعاوى الحيازة ، هى دعوى منع التعرض ، ودعوى الاسترداد ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، وخص كل منها بقواعد متميزة عن الأخرى ، الا أن هذه الدعاوى فى الواقع ـ رغم ما بينها من اختلاف ـ هى صورة لدعوى واحدة هى دعوى الحيازة ، لأنها تستهدف جميعـــا هدفا واحدا هو حماية الحيازة لا الحق . وعليه سوف نتحدث فحسب عن دعوى الحيازة مجردة من اسمها المعروفة به ، على أساس أنهـــا جميعا تخضع لقواعد واحدة ونظام اجرائى واحد الا من بعض القواعد اليسيرة المميزة لكل منها ، والتى سوف نشير اليها فى موضعها .

وينقسم هذا الفرع لذلك الى غصنين : نتكلم فى الأول عن الشروط العامة لدعوى الحيازة ، ثم عن شروطها الخاصة فى الثانى .

الغصن الأول

الشروط العامة لدعوى الحيازة

٣٧٠ ـ شرطان :

يشترط لوجود الحق فى دعوى الحيازة أيا كانت تسميتها ، توافر ما يشترط لوجود الحق فى الدعوى عموما من شروط ايجابية ، وشروط سلبية ، أى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون ، وأن تكون له صفة فى رفعها وأن ترفع على من تتوافر فيه الصفة السلبية . وفضـــلا عن ذلك يجب ألا يكون قد سبق الفصل فيها أو تم التنازل عنها أو الصلح بشأنها .

ونقتصر فى هذا المقام على شرطى المصلحة والصفة فى دعوى الحيازة لما قد يكون لهما من مدلول خاص فى هذا الشأن ، تاركين الشروط السلبية العامة لما سبق أن ذكرناه بشأن الدعوى عموما ، وذلك لعـــدم وجود ما يبرر الحديث عنها فى هذا الموضع .

أولا ـ المصلحة فى دعوى الحيازة

٣٧١ ـ تعريفها :

اذا كانت المصلحة عموما هى الفائدة العملية التى تعود على المدعى ـ بفرض صحة دعواه ـ من الحكم له بطلباته . فان المصلحة فى دعوى الحيازة لا تخرج عن هذا المعنى ، فهى الفائدة العملية التى تعود على الحائز ـ بفرض صحة دعواه ـ من الحكم له بحماية حيازته . والشخص لا نكون له هذه المصلحة الا اذا كان يدعى حقا أو مركزا قانونيا يحميه القانون ، تم الاعتداء عليه أو هدد بالاعتداء عليه . وعلى ذلك فلكى نوجد المصلحة فى دعوى الحيازة يلزم ان يكون الحائز حائزا حيازة يحميها المشرع ، تم الاعتداء عليها أو مهدد بالاعتداء عليها . اى يجب أن تكون المصلحة قانونية ، وأن تكون واقعية وفقا للمادة ٣ مرافعات .

٣٧٢ ـ (أ) المصلحة القانونية فى دعوى الحيازة :

اذا كان المشرع يحمى الحيازة لذاتها بغض النظر عن استنادها الى حق ، فانه لا يحمى الا حيازة معينة ، هى الحيازة القانونية بعنصريها المادى والمعنوى ، المستوفية لشرائطها القانونية ، من وضوح وظهـــور وهدوء واستمرار مدة سنة . وعلى ذلك فلكى توجد المصلحة القانونية المبررة لوجود الحق فى دعوى الحيازة ، فلابد أن يتمسك الحائز بحيازة يحميها القانون ، أى حيازة قانونية مستوفية لشروطها . والا كانت دعواه غير مقبولة . لأن المشرع لا يحمى الحيازة العرضية كقاعدة (٥٣) ، ولا يحمى الحيازة المعيبة .

واذا كانت هذه هى القاعدة فقد خرج عليها المشرع فى حالتين اعترف فيهما بحماية الحيازة العرضية :

---

(٥٣) على أن ذلك قاصر على دعوى منع التعرض (نقض مدنى ١٩٨٧/٦/٢٥ فى الطعن ٣٥٣ لسنة ٥٤ ، ١٩٨٥/٤/١٠ فى الطعن ٦٨٠٢ لسنة ٥١ ق) ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

١ - اذا كان مدعى الحيازة مستأجرا :

نصت المادة ٥٧٥ من القانون المدنى على حق المستأجر فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد ، أى دعاوى الحيازة . فوفقا لهذا النص يكون للمستأجر وهو حائز عرضى أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة . فالحيازة المادية بالنسبة للمستاجر تكفى لقبول دعوى حمايتها اذا قامت به الحاجة الى هذه الحماية وتوافرت شروط الدعوى الأخرى .

٢ - اذا كانت الدعوى المرفوعة دعوى استرداد La réintegrande

خرج المشرع المصرى بالنسبة لدعوى الاسترداد على ما اشترطه فى الحيازة التى يحميها بدعاوى الحيازة . حيث أنه أجـــاز رفع دعوى الاسترداد ولو كانت حيازة رافعها حيازة عرضية ، كما أنه أجاز رفعهـا ولو لم تكن حيازة المسترد قد استمرت مدة سنة ، على التفصيل الآتى :

★ تكفى الحيازة المادية لقبول دعوى الاسترداد :

تنص المادة ٢/٩٥٨ من القانون المدنى على أنه « يجوز أن يسترد من كان حائزا بالنيابة عن غيره » وعلى ذلك يكون الحائز العرضى كالوصى أو الحارس جدير بحماية حيازته بدعوى الاسترداد عند سلبها ، وفى ذلك تقرر محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة ، وهى تقوم اصلا على الاعتداء غير المشروع ، لا يشترط لقبولها توافر نية التملك عند واضع اليد بل يكفى لذلك أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب (٥٤) . بشرط ان تكون حيازته المادية قبل سلبها هادئة ظاهرة واضحة مستمرة .

★ لا يلزم أن تستمر حيازة المسترد مدة سنة :

اذا كانت القاعدة أن المشرع لا يحمى الا الحيازة القانونية الواضحة الظاهرة الهادئة التى استمرت مدة سنة سابقة على الاعتداء الواقع عليها ، فان المشرع قد خرج بالنسبة لدعوى الاسترداد على شرط استمرار الحيازة

---

(٥٤) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ فى الطعن ١٣١٢ لســـــنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٥/٢١ فى الطعن ٢١٣٢ لســـنة ٥٣ ق ، ١٩٨١/١/١ س ٣٢ ص ٨٩ ، ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ص ٦٣٢ .

مدة سنة، وأجاز رفع دعوى استرداد الحيازة ولولم تستمر مدة سنة سابقة على سلبها فى حالتين (٥٥) .

★ **اذا كانت الحيازة قد سلبت بالقوة :**

فاذا كانت الحيازة قد سلبت بالقوة أى بالاكراه المادى أو المعنوى ، فيكون لمن سلبت حيازته أن يرفع دعوى الاسترداد ولو لم تكن حيازته قد استمرت مدة سنة .

★ **اذا كانت حيازة المدعى أفضل من حيازة المعتدى :**

الفرض فى هذه الحالة أننا أمام حيازتين ، احداهما حيازة المدعى والأخرى حيازة المعتدى الذى سلب حيازة الأول . والفرض أن حيازة كل منهما لم تستمر سنة كاملة . فما هى الحيازة الجديرة بالحماية فى هذا الخصوص ؟

وضع المشرع فى المادة ٩٥٩ مدنى أسلوب اختيار الحيازة الجديرة بالحماية فى هذا الفرض . فقد اختار المشرع الحيازة الأفضل . والحيازة الأفضل هى التى تستند على سند قانونى دون الأخرى . واذا قدم الخصمان مستندات متعادلة لحيازتهما أو لم يقدما أية مستندات ، فان الحيازة الأفضل تكون هى الحيازة الأسبق فى تاريخها على الأخرى .

من هذا يتضح أن المشرع قد وضع معيارين لاختيار الحيازة الأفضل ، ولا يجوز للقاضى اللجوء الى المعيار الثانى الا اذا لم يستطع تطبيق المعيار الأول بسبب تعادل سندات الخصمين أو عدم وجودها .

وعلى ذلك فاذا كانت حيازة المدعى هى الحيازة الأفضل وفقا لأى من المعيارين ، كانت دعواه مقبولة ولو لم تستمر مدة حيازته سنة كاملة .

---

(٥٥) نقض ١٩٨٧/٥/٢٠ الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٣/١/١ فى الطعن ٧٩٣ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة الـ ٢٥ عاما ، ص ٩٢٨ .

نخلص مما تقدم الى أن الحيـــازة التى يحميها المشرع بدعوى الاسترداد هى الحيازة العرضية أما بالنسبة لدعوى منع التعـــــرض La complainte أى دعـــــوى وقــف الاعمـــال الجـــديدة denonciation de nouvel oeuvre فيلزم لقبولهما التمسك بالحيازة القانونية المستوفية لشرائطها كاملة . فلا يجوز للحائز العـــرضى (الا اذا كان مستأجرا) أن يرفع دعوى منع التعرض أو وقف الأعمـــــــال الجديدة .

٣٧٣ - (ب) المصلحة الواقعية فى دعوى الحيازة :

لا يكفى أن يستند الحائز فى دعوى الحيازة على حيازة يحميهـا القانون ، وانما يجب أن تكون قد قامت به الحاجة الى حماية القضاء لهذه الحيازة ، أى أن يكون اعتداء قد وقع بالفعل على حيـــازته ، أو أن هناك احتمال للاعتداء عليها . فاذا لم يكن قد تم شىء من ذلك ، فلا يقوم له الحق فى حماية حيازته لانتفاء المصلحة الواقعية . ولما كان الاعتداء على الحيازة يتخذ سورا متعددة ، فقد يكون حالا ، وقد يكون محتملا . وفى الحالة الأولى قد يتخذ الاعتداء صورة التعرض للحيازة تعـــرضا قانونيا أو ماديا ، وقد يصل التعرض المادى الى حد سلب حيازة الحائز . وقد نظم المشرع ثلاث دعاوى لحماية الحيازة تلائم صور الاعتداء عليها ، مخصصا دعوى لكل صورة منها . فهناك دعوى منع التعرض لمنع التعرض الواقع على الحيازة ، وهناك دعوى الاسترداد لرد الحيازة المسلوبة ، وهناك دعوى وقف الأعمال الجديدة للوقاية من الضرر المحتمل الذى يقع على الحيازة اذا تم العمل واكتمل .

ونبين فيما يلى صور الاعتداء على الحيازة والطلب الذى يجب طلبه فى دعوى الحيازة .

٣٨٤ - ١ - الاعتداء المنشىء لطلب منع التعرض :

دعوى منع التعرض La complainte هى الدعوى التى يتمسك فيها المدعى بحيازته القانونية طالبا حمايتها والزام المدعى عليه بعدم التعرض له فيها . ويجب لقبولها أن يكون قد وقع على حيازته اعتداء معين ، اتخذ صورة التعرض . ويعرف التعرض بأنه كل عمل مادى أو

قانونى يتضمن انكارا لحيازة الحائز (٥٦) . فالتعرض قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا.:

★ **التعرض المادى :** Trouble de fait

وهذا التعرض يتضمن عنصرين ، عمل مادى ، بقصد الاعلان عن نية من اتخذه فى استعمال حق يتعارض مع حيازة الحائز (٥٧) ، مثل اقامة بناء على أرض فضاء ، أو تسويرها ، أو زراعتها او اعدادها لذلك ان كانت أرضا زراعية . ويعتبر تعرضا العمل المادى الذى يقوم به الشخص على عقاره هو وليس على عقار الحائز ، ان كان العمل يعتبر تعرضا للحيازة . كما لو كان هناك ارتفاق لعقار مقرر على عقار آخر فقام صاحب أو حائز العقار الخادم باعمال من شانها منع انتفاع حائز العقار الأول بحق الارتفاق (٥٨) . ومن أمثلة هذا التعرض ما تعرض له طبيب يستأجر عيادة فى مستشفى مكون من عدة ادوار ، وذلك من قبل ادارة المستشفى التى اتخذت قرارا بعدم السماح لمعاونى هذا الطبيب بدخول المستشفى . ويشترط فى التعرض المادى ان يكون متقطعا حتى تقبل الدعوى لمنع التعرض ، فان كان مستمرا فقد يؤدى ذلك الى سلب الحيازة التى يلزم بشأنها رفع دعوى الاسترداد وليس دعوى منع التعرض (٥٩) .

---

(٥٦) فتحى والى - الوسيط بند ٥٦ ص ١١٠ . وجدى راغب ص ١٩٣ رمزى سيف بند ١٢٤ ص ١٥٦ سوليس وبيرو - بند ١٨٣ ص ١٦٣ جابيو بند ١٠٩ ص ١٠٠ - كوشيز بند ١٧٥ ص ١٠٤ - او كما أوردت محكمة النقض أنه هو الاجراء المادى أو القانونى الموجه الى واضع اليد على أساس حق يتعارض مع حق واضع اليد ، نقض ١٩٧٩/٤/١٦ فى الطعن ٧١١ لسنة ٤٦ ق .

(٥٧) جابيو - بند ١٠٩ ص ١٠٠

(٥٨) أنظر جابيو - الاشارة السابقة . فتحى والى - الاشارة السابقة .

(٥٩) فتحى والى - الاشارة السابقة . وجدى راغب - ص ١٩٣ . عبد الباسط جميعى ٣٦٧ . قارن رمزى سيف ص ١٥٦ بند ١٢٤ الذى يرى أن التعرض المادى يقع بفعل مادى يحرم الحائز من حيازته للعين أو يعطل انتفاعه بالحيازة تعطيلا كاملا أو جزئيا كسلب الحيازة . وعبد المنعم الشرقاوى شرح بند ٥٥ ص ٨٩ الذى يعرف التعرض بأنه الفعل الذى يترتب عليه فقد الحيازة المادية ذاتها أو فقد الحيازة لشرط الظهور أو الهدوء أو الوضوح.

وانما لابد لرفع دعوى منع التعرض أن يكون من شأن التعرض الذى تم مجرد تعطيل الانتفاع بالحيازة . كما يجب فى التعرض أن يتضمن انكارا لحيازة الحائز (٦٠) وأن يكون التعرض قد تم بطريق غير مشروع ، فلا يعد تعرضا وضع الغير أدوات معينة فى أرض الحائز برضائه ، كذلك لا يعتبر تعرضا الأعمال التى تتخذ لتنفيذ حكم قضائى ، كما لا يعتبر تعرضا الأعمال المستندة الى قرار ادارى ، لأن دعوى منع التعرض تؤدى الى وقف تنفيذ القرار الادارى وهو ما لا يدخل فى ولاية القضاء المدنى (٦١) .

ولا يشترط فى التعرض أن يكون قد تم بطريق العنف أو الاكراه ، كما لا يشترط فيه أن يكون ضارا بالحائز طالما يتضمن انكارا لحيازته ، مثل اعداد الأرض للزراعة أو اعداد المسكن للسكنى ، كما أن العمل قد يكون ضارا ومع ذلك لا يعتبر تعرضا مثل سرقة محصولات من أرض الحائز ليلا (٦٢) .

★ **التعرض القانونى :** Trouble juridique

هو العمل القانونى الذى يتضمن انكارا لحيازة الحائز أو المنازعة بشانها (٦٣) كالانذار الذى يوجه الى الحائز باخلائه للعقار ، أو بدفع الأجرة الى المنذر أو الانذار الذى يوجه من المتعرض الى المستأجر من

---

(٦٠) رمزى سيف - ص ١٥٧ بند ١٢٤ . وجدى راغب - مبادىء القضاء المدنى ١٧١ - سوليس وبيرو جـ ١ ص ١٦٣ . فنسان بند ٦٠ ص ٧٩ .

(٦١) وجدى راغب - الاشارة السابقة . فتحى والى - ص ١١٢ - ١١٣ ، نقض ١٩٧٣/٣/٢٢ س ٢٤ ص ٤٧٠ ، ١٩٧٣/٣/١٥ ، س ٢٤ ، ص ٤٣٥ . ١٩٧٨/٢/٢٦ فى الطعن ٤٠٦ لسنة ٤٥ ق .

(٦٢) رمزى سيف - الاشارة السابقة ، فتحى والى - الاشارة السابقة ، عبد المنعم الشرقاوى بند ٥٥ ص ٨٩ .

(٦٣) رمزى سيف - الاشارة السابقة - وجدى راغب ص ١٧٢ . أحمد مسلم - ص ٣٦٣ ، فتحى والى - ص ١١١ بند ٥٦ ، سوليس . بند ١٩٤ ، ص ١٦٣ - جابيو بند ٩٠ ص ١٠١ . عبد الباسط جميعى ص ٣٦٨ .

الحائز طالبا عدم دفع الأجرة للحائز ودفعها الى موجه الانذار ، ويعتبر تعرضا قانونيا رفع دعوى الحيازة على الحائز . أما دعوى الحق فنظرا لأنها لا تعنى انكار الحيازة فلا تعتبر تعرضا قانونيا للحائز اذا ما رفعت عليه (٦٤) .

٣٧٥ - (٢) الاعتداء المنشيء لطلب استرداد الحيازة المسلوبة :

دعوى الاسترداد La réintegrarde هى الدعوى التى يتمسك بها الحائز بحيازته (المادية أو القانونية) طالبا الزام المدعى عليه بردها اليه . ويشترط لقبولها اذن أن تكون حيازة الحائز قد سلبت كليـــــة depossession ، أى أن فعل الاعتداء قد أدى الى حرمان الحائز من الانتفاع الكامل بحيازته ، فان كان الحائز يدعى حرمانه من حق ارتفاق لعقاره على عقار فى حيازة الغير ، فلا تجوز دعوى الاسترداد فى هذه الحالة ، وانما يكون للحائز ان أراد - رفع دعوى منع التعرض (٦٥) . ويتحقق السلب بطرد الحائز من العقار الذى يحوزه واستيلاء الغير عليه . ويجب فى سلب الحيازة المستوجب لرفع دعوى الاسترداد أن يكون قد تم بطريق غير مشروع . نتيجة عمل لا سند له من القانون . وعلى ذلك لا يعتبر سلبا للحيازة تخلى الحائز بارادته عن الحيازة (م ٩٥٦ مدنى) ، كما لا يعتبر سلبا للحيازة ، اذا كان قد تم تنفيذا لحكم قضائى . فالتنفيذ الجبرى المؤدى الى فقد احد أطراف السند التنفيذى لحيازته لا ينشىء له الحق فى رفع دعوى استرداد الحيازة (٦٦) .

ومتى تم فقد الحيازة كلية بطريق غير مشروع كان للحائز أن يرفع دعوى الاسترداد ، سواء كان سلب الحيازة قد تم بالاكراه او القوة او

---

(٦٤) عبد المنعم الشرقاوى - بند ٥٥ ص ٦١ . رمزى سيف بند ١٢٤ فتحى والى - ص ١١٢ .

(٦٥) رمزى سيف - بند ١٣٢ ص ١٦٦ - ١٦٧ . وان كان قد علل ذلك بأن الحيازة لحق الارتفاق تعتبر حيازة معنوية وليست مادية . وقد استند فى هذا التبرير الى حكم قديم لمحكمة النقض صادر فى ١٩٣٦/١٠/٢٢ جاء فيه لا تقبل دعوى الاسترداد عن الاعتداء الواقع على حيازة معنوية .

(٦٦) نقض ١٩٨٦/١١/٥ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٣ق .

كان قد تم عن طريق الخديعة (٦٧) ، وسواء كان هناك اعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره ، أو لم يكن هناك تعد من هذا القبيل (٦٨) .

ولكن لا تقبل دعوى الاسترداد اذا كان سلب الحيازة قد تم تنفيذا لقرار ادارى (٦٩) .

٣٧٦ - (٣) الاعتداء المنشىء لطلب وقف الأعمال الجديدة :

دعوى وقف الأعمال الجديدة La dénonciation de nouvel oeuvre هى التى يتمسك فيها الحائز بحيازته القانونية (الا اذا كان مستأجرا) ، طالبا الحكم فى مواجهة المدعى عليه ، وقف الاعمال الجديدة التى شرع فى اقامتها ، والتى لو تمت لاعتبرت تعرضا له فى الحيازة . يتضح اذن ان هذه الدعوى . تعد دعوى وقائية ، الهدف منها منع الاعتداء المحتمل على الحيازة فهى اذن دعوى للوقاية من التعرض المحتمل للحيازة . فدعوى وقف الأعمال الجديدة هى التى يكون سببها وضع اليد على عقار

---

(٦٧) فتحى والى - الوسيط ص ١١٥ . وجدى راغب ص ١٩٠ . نقض ١٩٧٦/٥/٥ سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٠٤ ص ١٨٠ . ويعتبر سلب عن طريق الخديعة صدور حكم بتسليم العقار ضد شخص غير الحائز ، وتم تنفيذه عليه عن طريق التواطؤ (عبد الباسط جميعى ص ٣٧٢ عبد المنعم الشرقاوى ص ٩٣ . أحمد أبو الوفا - ص ١٥٢ بند ١٥٤ .

(٦٨) عبد الباسط جميعى ص ٣٧١ . وجدى راغب - ١٦٧ . فتحى والى - الاشارة السابقة .

(٦٩) لأن فى قبول دعوى الاسترداد الحكم بوقف تنفيذ القرار الادارى وهو الأمر الذى لا يملكه القضاء العادى لانتفاء ولايته بالنسبة للقرارات الادارية . ولكن ان كان هذا القرار منعدما فانه يصبح مجرد عمل مادى مما يدخل فى ولاية القضاء المدنى - أما اذا كان سلب الحيازة قد تم بناء على أمر من النيابة العامة أو الشرطة . فان ذلك لا يمنع رفع دعوى الاسترداد (فتحى والى - الوسيط ص ١١٣ . محكمة القاهرة للأمور المستعجلة فى ١٩٧٨/١/١٢ - المحاماة ٥٨ العددان ٣ ، ٤ ص ٦٠) خاصة اذا علمنا أن قرارات النيابة فى هذا الخصوص تعتبر قرارات صادرة من جهة ليست لها ولاية القضاء . لأن الفصل فى أمور الحيازة - طالما لم ترتبط بجريمة - لايكون من ولاية النيابة ، وان تفعل ذلك فانها تعتدى على سلطة القضاء . وهذا النظر هو ما يتجه اليه مجلس الدولة . معتبرا أن قرارات النيابة فى هذا الصدد لا تعد قرارات ادارية .

أو حق عينى وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها . وعلى ذلك فلا تقبل هذه الدعوى اذا كان التعرض قد تم ، أى كان العمـــل قد اكتمل . لأن اكتماله يعتبر تعرضا للحيازة . ومثال هذه الدعوى أن يكون لشخص حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره ، فبدأ الجار فى بناء حائط من شأنه لو اكتمل أن يكون تعرضا لحيازة حق الارتفاق . وعلى ذلك فيجب لقبول دعوى وقف الأعمال الجديدة ما يأتى (٧٠) .

ـ أن يكون العمل الجديد قد وقع على عقار المعتدى نفسه سواء كان يملكه أو مجرد حائز له وليس على عقار الحائز . لأنه لو كان العمـــل الجديد قد وقع على عقار الحائز لاعتبر ذلك تعرضا مستوجبا لرفع دعوى منع التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة .

ـ أن يكون العمل جديدا . ويعتبر جديدا اذا لم ينقض عام على البدء فيه .

ـ ألا يكون العمل قد تم عند رفع دعوى وقفه ، سواء قد تم البدء فيه أو على وشك البدء فيه ، فان كان قد تم ، اعتبر تعرضا ومن ثم يجب لازالته رفع دعوى منع التعرض .

ـ أن تكون هناك خشية حالة ولأسباب معقولة أن يؤدى هذا العمل لو اكتمل الى التعرض لحيازة المدعى .

ثانيا ـ الصفة فى دعاوى الحيازة

٣٧٧ ـ يشترط لقبول دعوى الحيازة أن ترفع من صاحب الصفة فى الحيازة ، على من له الصفة السلبية ، أى المعتدى على الحيازة .

---

(٧٠) أنظر وجدى راغب ـ ص ١٩٨ ـ ١٩٩ . فتحى والى ـ ص ١١٤ بند ٥٧ . فنسان وجنشار بند ٧٣ ، سوليس وبيرو ج ١ بند ١٩٩ . جابيو ص ١٠٥ هامش (١) . وانظر فى تأصيل قبول هذه الدعوى وشروط صحتها أحمد مسلم ص ٣٧٢ ـ ٣٧٤ . عبد الباسط جميعى ص ٣٧٥ وما بعدها . نقض ١٩٦٦/١/١٨ س ١٧ ، ص ١٤٧ .

ويجب أن يكون حائزا حيازة قانونية مستوفية لشروطها ان كان رافعا دعوى منع التعرض أو دعوى وقف اعمال جديدة ما لم يكن مستأجرا . وان كان من الممكن أن يكون حائزا حيازة عرضية اذا كان رافعـــــا لدعوى استرداد .

١ - الصفة الايجابية :

لما كان المدعى فى دعوى الحيازة يدعى حيازة معينة يطلب حمايتها من الاعتداء الواقع عليها أو وقايتها من الضرر المحتمل . فيشترط اذن فى رافعها أن يكون صاحب الحيازة ، أى الحائز الذى اعتدى على حيازته . فالحائز العرضى تكون له الصفة فى رفع دعوى الاسترداد فقط . أما المستأجر فاعترف المشرع بصفته فى رفع جميع دعاوى الحيازة . كما أن الصفة الايجابية فى حماية الحيازة تنتقل بالخلافة الى من تنتقل اليه الحيازة وفقا للقواعد العامة .

٢ - الصفة السلبية :

لا يكفى لقبول دعوى الحيازة أن ترفع ممن له صفة ايجابيـــة فى رفعها ، وانما يلزم أن تتوافر الصفة السلبية فيمن ترفع عليه دعوى الحيازة . وتتوافر هذه الصفة فيمن يعتدى على الحيازة أيا كان هـــذا الشخص . فدعاوى الحيازة قد اعتبرها المشرع من قبيـــل الدعاوى العينية (بالرغم من أنها لا تحمى حقا عينيا بالمعنى الفنى) ، وعلى ذلك فينشـــا الحق فى دعوى الحيـــازة ضد من يعتدى على الحيازة ، ولو كان حسن النية (٧١) ، وأيضا ضد من انتقلت اليه حيازة العقار من المعتدى ولو كان حسن النية . حيث أن المغتصب للحيازة لا تتوافر فيه الصفة السلبية فى دعوى الحيازة اذا زالت صلته بالعقار ، كما لا تتوافر فى ورثته ممن لا علاقة لهم بالعقار ، وانما ترفع دعوى الاسترداد فى هذه الحالة على من انتقلت اليه حيازة العقـــار المغتصب ولو كان حسن النية (٧٢) .

---

(٧١) نقض ١٩٧٨/١/١٠ فى الطعن ٥٢٤ لسنة ٤٤ ق .

(٧٢) فتحى والى - ص ١١٦ ، رمزى سيف بند ١٣٦ ص ١٧٠ ابو الوفا بنـــد ١٤٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ ، نقض ١٩٧٦/٥/٥ س ٢٧

فقد نصت المادة ٩٦٠ مدنى على أن للحائز رفع دعوى استرداد الحيازة فى الميعاد القانونى « على من انتقلت اليه حيازة الشىء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية » .

ويثور التساؤل أيضا بخصوص الصفة السلبية فى دعوى الاسترداد . عما اذا كان للحائز المادى الذى يحوز نيابة عن الحائز القانونى أن يرفع دعوى الاسترداد ضد الحائز القانونى . فالرأى الراجح انه ليس للحائز المادى أن يرفع دعوى الاسترداد ضد الحائز القانونى ، وذلك لأن الحائز المادى انما يحوز لحساب الحائز القانونى ، وأن حيازته المادية انما تستند الى العقد وليس الى الحيازة نفسها . ولكن الأمر يدور بعض الشىء بالنسبة للمستأجر الذى أجاز له المشرع صراحة أن يرفع جميع دعاوى اليد دون تخصيص لمن ترفع الدعوى عليه ، الأمر الذى يجيز له رفعها فى مواجهة كل من يعتدى على حيازته المادية ، ولو كان المعتدى هو المؤجر له . غير أن رأيا قد ذهب الى عدم جواز رفع دعاوى الحيازة من المستأجر فى مواجهة المؤجر (٧٣) . ولكن لا نعرف سببا يدعو الى القول بهذا التخصيص بالنسبة للمستاجر الذى نص المشرع صراحة على حقه فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة . فحيازته للعقار وان كانت حيازة مادية الا أنها حيازة لحسابه وليس لحساب المؤجر (٧٤) .

-

ص ١٠٦٣ وكان هناك من ذهب فى ظل القانون الملغى الى ان دعوى الاسترداد لا يجوز رفعها على من انتقلت اليه حيازة العقار من الغاصب . اذا لم يكن شريكا فى فعل الغصب وسندهم فى ذلك أن دوى الاسترداد تعد دعوى شخصية تقوم على أساس التزام شخص ، ولا نتبع العقار فى يد من تؤول اليه حيازته (محمد حامد فهمى - ص ٤١٠ بند ٣٦٩ مكررا . وانظر فى عرض الرأى أيضا سوليس وبيرو بند ٢١١ ص ١٨٧ - ١٨٨) .

(٧٣) انظر نقض مدنى ١٩٥٨/١/٢٣ س ٩ - ص ١٠٦ قارن نقض ١٩٧٦/٥/٥ س ٢٧ ص ١٠٦٣ . فنسان بند ٤٩ مكرر ص ٧٥ . عبد المنعم الشرقاوى - بند ٥٦ ص ٨٧ الذى يرى أنه ليس للمستأجر رفع دعوى الاسترداد فى مواجهة المؤجر . أحمد أبو الوفا - بند ١٤٤ ص ١٤٤ ، وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١٧٠ .

(٧٤) أنظر فى ذلك فتحى والى - الوسيط ص ١١٧ هامش (١) .

الغصن الثـــــانى

الشروط الخاصة بدعاوى الحيازة

٣٧٨ ـ تحـــــديد :

يلزم بالاضافة الى ما تقدم ، لقبول دعوى الحيازة ، أن ترفع فى ميعاد محدد ، وألا يرفع معها دعوى الحق ، وذلك على التفصيل الآتى :

أولا ـ وجوب رفع دعوى الحيازة خلال مدة معينة

٣٧٩ ـ مقدار المدة :

اشترط المشرع لقبول دعوى الحيازة ، أيا كان نوعها ، أن ترفع ـ متى توافرت الشروط الأخرى ـ خلال مدة معينة قدرها المشرع بسنة من تاريخ الاعتداء على الحيازة المنشىء لحمايتها . فان رفعت الدعوى بعد انقضاء هذه المدة كانت الدعوى غير مقبولة لانقضاء الحق فيهـــا (م ٩٥٨ مدنى) . ومع مراعاة أن دعوى الحيازة يجب ايداع صحيفتها قبل انقضاء هذا الميعاد (٧٥) .

٣٨٠ ـ ضمان الميعاد :

ولا شك أن الميعاد يجرى من الواقعة التى تنشىء الحق فى حماية الحيازة ، فلا يبدأ هذا الميعاد منذ بدء الحيازة مثلا ، وانما يبدأ من تاريخ الاعتداء عليها أو التهديد به . وعليه فيبدأ ميعاد رفع الدعوى فى حالة طلب استرداد الحيازة منذ وقوع الفعل الذى أدى الى ســلبها أو غصبها ، أو تاريخ انكشاف هذا السلب اذا كان قد تم خفية (م ٩٥٨) .

---

(٧٥) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ ، فى الطعن ١٣١٢ لســـنة ٥٢ ق ، ١٩٧٧/٥/٢ ، س ٢٨ ، ص ١١٠٤ مع العلم بأن المدة فى القانون الفرنسى هى ايضا سنة من تاريخ التعرض Trouble أو من تاريخ فقـــد الحيازة dépossession (م ٢ من مرسوم ١٩٧٩/٣/٢٨ . نقض فـــرنسى ٢ ديســـمبر بســنة ١٩٧٥ ـ دالوز ـ ١٩٧٦ ـ ص ٢٤٣ وتعليق franck عليه .

كما يبدأ الميعاد فى حالة طلب وقف الأعمال الجديدة من وقت البدء فى العمل الجديد . فان انقضت تلك المدة دون رفع الدعوى ، فلا يجوز رفعها بعد ذلك ولو لم يكن العمل الجديد قد اكتمل . ولا يكون أمام الحائز فى هذه الحالة سوى الانتظار حتى اكتمال العمل ، ويرفع دعوى منع التعرض فى هذه الحالة ان توافرت شروطها (٧٦) .

أما فى حالة طلب منع التعرض ، فالأمر يثير بعض الصعوبات . خاصة اذا كانت أفعال التعرض قد تعددت ، ووقعت فى تواريخ مختلفة ، فهل يبدأ حساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيازة أو من تاريخ آخر تعد عليها ؟

ذهب رأى الى أن المدة تبدأ من تاريخ آخر تعد وقع على الحيازة ، اعتبارا بأن كل فعل من أفعال التعدى انما ينشىء بذاته الحق فى رفع دعوى منع التعرض ، ومن ثم لا ينقض هذا الحق الا بانقضاء سنة كاملة من آخر تعد على الحيازة (٧٧) .

وتذهب محكمة النقض (٧٨) الى احتساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيازة ، وذلك فى الأحوال الآتية :

- أن يكون ما وقع من اعتداء عملا واحدا يكفى بذاته لاعتباره تعرضا فى الحيازة .

- أن يكون ما وقع من اعتداء على الحيازة أعمال متعددة صادرة من أشخاص متعددين .

- أن يكون ما وقع من تعرض للحيازة أعمال متعددة متباعدة ومستقلة بعضها البعض عن الآخر .

---

(٧٦) وجدى راغب - مبادىء القضاء المدنى ، ص ١٧٦

(٧٧) رمزى سيف ، بند ١٢٥ ، ص ١٥٨ . عبد الباسط جميعى ، مبادىء ، ص ٣٦٩ . أبو الوفا ، بند ١٤١ .

(٧٨) نقض مدنى ١٩٨٧/٢/٨ فى الطعن ٢٤ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٧٩/٤/١٦ ، مجموعة القوانين ، س ٣٠ ، ص ١٣١ ، عدد أول .

ففى كل هذه الفروض - تحسب مدة السنة منذ أول تعد على الحيازة على أساس أن دعوى منع التعرض تنشأ منذ أول اعتـــداء يقع على الحيازة . فاذا لم تباشر خلال هذه الفترة ، يسقط الحق فى رفعها .

أما اذا تتابعت أعمال التعرض وكانت صادرة عن شخص واحد ، وارتبطت ببعضها ، فان مدة السنة تبدأ فى هذه الحالة من تاريخ آخر عمل فيها . ولا نملك الا أن نؤيد محكمة النقض فيما ذهبت اليه من اجراء تفرقة فنية بين فروض متعددة ، ووضعت حلا مناسبا لكل فرض منها فلم تضع قاعدة عامة تسرى على كل الفروض . وكان رأيا فقهيـــا قد ذهب الى احتساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيازة فى جميع الفروض (٧٩) .

واذا تعددت أعمال التعرض وكانت صادرة من شخص واحد ووصلت الى حد سلب الحيازة كاملة ، فلا يكون للحائز - والفرض كذلك - أن يرفع دعوى منع تعرض ، وانما عليه أن يرفع دعوى الاسترداد خـــلال سنة من تاريخ هذا السلب (٨٠) .

ثانيا - عدم الجمع بين الحيازة والحق

Non - Cumul du possessoire et du pétitoire

٣٨١ - حكمة القاعدة :

اذا كان المشرع قد أسبغ الحماية على الحيازة لذاتها مستقلة عن الحق ، فكان من المنطقى الا يجمع المدعى بين دعوى الحيازة ودعوى الحق فى الوقت ذاته . ولذلك نجد أن المادة ٤٤ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبـــة بالحق ، والا سقط ادعاءه بالحيازة . ولا يجوز أن يدفع المدعى عليـــه دعوى الحيازة بالاستناد الى الحق . ولا تقبل دعواه بالحق قبـــــل

---

(٧٩) محمد حامد فهمى ، بند ٣٦٤ ، أحمد أبو الوفا ، بند ١٤١ ، وجدى راغب ، ص ١٧٢ - ١٧٣ ، جلاسون وتيسيه ، جـ ١ ، بند ٢٠٧ .

(٨٠) محمد حامد فهمى ، بند ٣٦٤ ، ص ٤٠٠ ، فتحى والى ، ص ١١٨ ، سوليس وبيرو ، جـ ١ ، بند ١٦٨ .

الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها الا اذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . كذلك لا يجوز الحكم فى دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه .. » وحكمة هذه القاعدة هو رغبة المشرع فى التأكيد على استقلال الحيازة وحمايتها بعيدة عن الحق وحمايته (٨١) .

٣٨٢ ـ نتائج القاعدة :

وتقتضينا هذه القاعدة أن نحدد معالمها بالنسبة الى كل أطراف خصومة الحيازة المدعى والمدعى عليه . وكذلك سلطة قاضى الحيازة وفقا لها .

١ ـ القاعدة بالنسبة لمدعى الحيازة :

ـ لا يجوز للمدعى أن يثبت حيازته بالاستناد الى الحق وأدلة ملكيته ، وانما عليه أن يثبت حيازته بعنصريها المادى والمعنوى وشروطها القانونية ـ بطرق الاثبات كافة ، وذلك عن طريق اثبات استمرار سيطرته المادية على الشىء محل الحيازة مدة سنة . ومتى نجح فى ذلك كانت هناك قرينة على حيازته القانونية بشروطها ، وعلى مدعى العكس الاثبات . فليس لمدعى الحيازة أن يثبت حيازته عن طريق اثبات ملكيته للعقار موضوع الحيازة ، وتقديم الدليل على ملكيته له .

ـ لا يجوز للمدعى فى دعوى الحيازة أن يجمع بينها وبين دعوى الحق ، فان فعل ذلك سقط ادعاءه بالحيازة (٤٤/١) . فبحدوث

---

(٨١) كوستا ـ بند ٤٨٨ ص ٦٣٧ . سوليس وبيرو ـ جـ ١ بند ١٧٠ ص ١٥٣ . فنسان بند ٥٤ ص ٧٦ ـ ٧٧ ، فنسان وجنشار بند ٦٤ ص ٩٠ وما بعدهما ، وجدى راغب ـ ص ١٧٩ . أحمد أبو الوفا ـ بند ١٥٠ ، فتحى والى ـ ص ١٢٠ بند ٦١ ، عبد الباسط جميعى ـ مبادىء ص ٣٨٨ وما بعدها ، ابراهيم سعد ـ ص ٢١٣ . وقد كان المشرع الفرنسى ينص على هذه القاعدة فى المادة ٢٥ من قانون المرافعات القديم ، كما نص عليها فى القانون الحالى فى المادة ٣ من المرسوم ١٩٧٩/٣/٢٨ فى ثلاث فقرات ، نصت الفقرة الأولى منها على « حماية الحيازة وحماية الحق لا يجتمعان » . انظر الأحكام المشار اليها فى الهامش السابق .
" La protiction possessoire et le fond du droit neson jamais comules ".

الاعتداء على الحيازة ، فيكون للمدعى الخيار بين رفع دعوى الحيازة وبين رفع دعوى الحق ، فان اختار طريق دعوى الحيازة فيمتنع عليه رفع دعوى الحق فى الوقت نفسه أمام المحكمة ذاتها التى تنظر دعوى الحيازة ، أو أمام أية محكمة أخرى (٨٢) . واذا حدث ذلك كان على محكمة الحيازة أن تحكم ، ومن تلقاء نفسها ، بعدم قبول دعوى الحيازة . لان المدعى ان فعل ذلك فانه يعتبر معترفا بالحيازة لخصمه ، ومتنازلا عنها وعن الحماية التى قررها له المشرع بخصوصها . واذا اختار المدعى رفع دعوى الحق فليس له رفع دعوى الحيازة ، لأن برفعه دعوى الحق يعد متنازلا عن حماية الحيازة ، وعليه فليس لمن رفع دعوى منع التعوض ان يدعى ملكيته للأرض موضوع النزاع (٨٣) ، غير أن ما تقدم مقيد بشرطين هما (٨٤) :

★ أن يكون الاعتداء على الحيازة قد وقع قبل رفع دعوى الحق :

يمتنع على مدعى الحيازة أن يجمع بينها وبين المطالبة بالحق ، اذا كان له الخيار بين الدعويين وقت رفع دعوى الحق ، بمعنى أن يكون له الخيار بين أن يرفع أيهما ، فان اختار دعوى الحق اعتبر متنازلا عن دعوى الحيازة . ولكن اذا لم يكن له هذا الخيار ، أى لم يحدث اعتداء على حيازته ، فليس له والأمر كذلك رفع دعوى الحق . فان فعل

---

(٨٢) وجدى راغب ص ١٥٧ - ١٥٨ فتحى والى - ص ١٢١ بند ٦٢ عبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٩٩ - ١٠٠ بند ٥٩ . قارن كوستا - الاشارة السابقة .

(٨٣) فتحى والى - الاشارة السابقة ، وجدى راغب الاشارة السابقة ، عبد الباسط جميعى ص ٣٨٠ سوليس وبيرو ج ١ بند ١٧٥ ص ١٥٧ . فنسان وجنشار ، بند ٦٨ ، ص ٩٢ - ٩٣ . نقض ١٩٧٤/١١/٥ س ٢٥ ، ص ١١٨٥ ، نقض ١٩٤٠/٥/٩ مجموعة الـ ٢٥ عاما ج ١ ، ص ٦٤٥ . قارن نقض ١٩٨٨/١/٢٧ فى الطعن ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨١/٣/٣١ ، س ٣٢ ، ص ١٠٠٢ .

(٨٤) احمد مسلم - بند ٣١٨ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ، بند ٣١٩ ص ٣٤٩ عبد الباسط جميعى - ص ٣٨٦ وجدى راغب - ١٥٩ ، فتحى والى - ص ١٢٢ . احمد أبو الوفا - بند ١٦٠ . عبد المنعم الشرقاوى شرح - بند ٥٩ ، ص ١٠٠ ، بند ٦٠ ، ص ١٠١ .

ذلك ثم حدث اعتداء على حيازته بعد ذلك كان له فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الحيازة ، بالرغم من سبق رفعه دعوى الحق . اذ لا يقبل القول بأن رفعه دعوى الحق يعتبر متنازلا عن دعوى الحيازة . فكيف يمكن اعتباره متنازلا عن أمر لم يكن له وجود ؟

٢ - أن تكون دعوى الحق مرفوعة من مدعى الحيازة :

يشترط ثانيا للقول بامتناع المدعى فى دعوى الحيازة المطالبة بدعوى الحق والا سقط ادعاءه بالحيازة . أن تكون دعوى الحق مرفوعة منه هو ، ففى هذه الحالة وحدها يمكن القول بأن رفع الحائز لدعوى الحق يعد تنازلا منه عن دعوى الحيازة . أما اذا كانت دعوى الحق قد رفعت عليه من الغير بخصوص الشىء موضوع الحيازة ، فله فى هذه الحالة ان وقع اعتداء على حيازته أن يرفع دعوى الحيازة لحمايتها . والقول بغير ذلك يؤدى الى نتيجة غير مقبولة وهى حرمان الحائز من حماية حيازته بسبب لا دخل له فيه ، هو رفع دعوى الحق عليه .

ويلاحظ أنه فى الحالات التى يجمع فيها المدعى بين دعوى الحق ودعوى الحيازة ، فيجب على المحكمة أن تفصل فى دعوى الحيازة استقلالا عن دعوى الحق ، فلا يجوز اثبات وجود او نفى الحيازة بالاستناد الى وجود الحق أو نفيه (٨٥) .

٣ - القاعدة بالنسبة للمدعى عليه فى الحيازة :

- لا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفع الحيازة بالاستناد الى أنه هو صاحب الحق ، فالملكية لا تبرر العدوان على الحيازة ، وعلى المالك - ان أراد حماية حقه - أن يسلك السبيل الواجب وهو المطالبة بحقه بدعوى أمام القضاء ، ولكن لا يجوز له الاعتداء على الحيازة من سلبه حيازته . وكل ما للمدعى عليه فى هذا الخصوص هو نفى حيازة المدعى اما باثبات عدم قانونيتها أو انتفاء شروطها أو رفعها بعد فوات المدة التى حددها المشرع .

---

(٨٥) وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١٨٢

- لا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يطالب بالحـق الا بعد الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها ، واذا أراد المدعى عليه فى الحيازة المطالبة بالحق فى أثناء نظر دعوى الحيازة ، فعليه أن يتخلى عن حيازته لخصمه حتى تنقضى دعوى الحيازة .

٤ - القاعدة بالنسبة لقاضى الحيازة :

- ليس لقاضى الحيازة أن يفصل فى موضوع الحق المدعى بحيازته ، وجودا أو نفيا . وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تمنع القاضى من الحكم بما ليس مطلوب منه أو بأكثر مما طلب منه الفصل فيه .

- ليس لقاضى الحيازة وهو بصدد الفصل فى مسألة الحيازة أن يستند على أساس ثبوت الحق المدعى بحيازته أو نفيه (م ٣/٤٤) ، بل يجب عليه أن يسبب حكمه على أساس توافر أو عدم توافر الحيـازة التى رسمها القانون . ولكن هذا القول لا يمنع القاضى من الاطلاع على مستندات الملكية المقدمة فى الدعوى ، لا لتحقيقها والتأكد من حقيقتها وانما فقط لاستخلاص ما يتعلق بالحيازة وشروطها من هذه المستندات .

الفـرع الثـانى

طبيعة دعوى الحيازة ونظامها

الغصن الأول

طبيعة دعوى الحيازة

٣٨٣ - الخلاف الفقهى :

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة دعوى الحيازة أيا كان نوعها ، أى سواء كانت دعوى منع تعرض أو استرداد أو كانت دعوى وقف الأعمال الجديدة .

فقد ذهب البعض (٨٦) الى القول بأن دعاوى الحيازة ليست الا دعاوى وقتية ، ومن ثم فان الحكم فيها لا يعدو أن يكون حكما وقتيا ، لأنها تحمى الحيازة حماية وقتية ، الى حين الفصل فى دعوى الحق . ودليلهم فى ذلك أن قاضى الحيازة شأنه فى ذلك شأن قاضى الأمور المستعجلة لا يفصل فى أصل دعوى الحق ، فهو ممنوع من المساس به .

وذهب رأى آخر (٨٧) - بحق - الى القول بأن دعوى الحيازة أيا كانت تعد دعوى موضوعية ، والحكم الصادر فيها يعد قضاء موضوعيا . وذلك استنادا الى أن المشرع يحمى الحيازة فى ذاتها مستقلة عن الحق ، وهى وان كانت أصلا « مركزا واقعيا فقد أصبحت بعد حماية القانون لها مركزا قانونيا » ، وهو مركز قانونى موضوعى تحميه قواعد القانون المدنى . والدعوى الموضوعية هى تلك التى يتمسك فيها المدعى بحق أو مركز قانونى . وعلى ذلك فان دعوى الحيازة تعتبر دعوى موضوعية لأنها تؤكد أو تنفى المركز الموضوعى المرفوعة به وهو الحيازة ، واذا ما كان قاضى الحيازة لا يفصل فى أصل الحق ، فان ذلك لا يعود الى أنه قاضى وقتى ، ولكنه قاضى مقيد بالدعوى التى ينظرها والطلبات التى رفعت اليه . فلا يستطيع أن يقضى بأكثر مما هو مطلوب منه . والدعوى الوقتية انما تحمى الحق ذاته حماية وقتية . أما دعوى الحيازة فلا تحمى الحق ، وانما تحمى مركزا قانونيا مستقلا عن الحق هو الحيازة . واذا ما كان الحكم الصادر فى الحيازة لا يحوز حجيته بالنسبة

---

(٨٦) أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم - بند ١١١ ص ١٧٦ ، بند ١١٤ ص ١٨٠ ، بند ١١٥ ، ١١٧ ، ٢١٨ ص ١٨٧ ، ٢٢٩ ص ٢٩٢ أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات ج ١ ص ١٨٧ وما بعدها . المرافعات بند ١٦٨ ، أحمد مسلم بند ٣٤١ ص ٣٧٣ بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة . كارنيلوتى - مطول - ج ١ ص ٣٦٠ ، بند ٢٣٦ .

(٨٧) فتحى والى - الوسيط ١٢٧ بند ٦٤ - ص ١٥٣ بند ٨٣ . وجدى راغب - مبادىء الخصومة ص ١٧٤ . مبادىء القضاء المدنى ، ص ١٥١ وما بعدها .

للموضوع ، فان ذلك لا يعود الى وقتية الدعوى ، وانما يعود الى أن الحجية ذاتها ولو كانت لأحكام موضوعية ، حجية نسبية محـــدودة بالدعوى التى صدر فيها الحكم خصوما وسببا وموضوعا . ولا حجيـــة الحكم خارج هذه الحدود .

ومما يؤكد الطبيعة الموضوعية لدعوى الحيازة أنها ترفع بصـــفة أصلية الى محكمة الموضوع بدليل أن المشرع قد نص على قاعـــدة لتقديرها حتى يمكن معرفة الى أى من المحاكم يمكن رفع الدعوى ، الى المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية (م ٣٧ مرافعات) . أما ان كانت دعوى وقتية فلا ترفع بدعوى أصلية الى محكمة الموضوع ، لأنهـــا ترفع الى قاضى الأمور المستعجلة بغض النظر عن قيمتهـــا (م ٤٥ مرافعات) (٨٨) .

نخلص الى أن دعوى الحيازة أيا كانت صورتها تعـــد دعـوى موضوعية ، ترفع الى القضاء الموضوعى ، ويعتبر الحكم الصـــادر فيها حكما موضوعيا يحوز حجيته الكاملة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها . وينطبق هذا القول أيضا بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة (٨٩) ، فهى دعوى موضوعية وقائية ، مثلها مثل اى دعوى تقريرية أخرى ، وظيفتها الوقاية من الضرر المحدق الذى قد يقع نتيجة البدء فى عمـــل جديد ، ووقائية الدعوى لا تعنى وقتيتها (٩٠) .

---

(٨٨) انظر فى تفاصيل تاكيد الطبيعة الموضوعيه لدعوى الحيازة ـ وجدى راغب ـ المرجع السابق ص ١٧٤ ـ ١٧٦ ـ مبادىء القضاء من ص ١٥١ ـ ١٥٤ . فتحى والى ص ١٢٧ ـ ١٢٨ .

(٨٩) عكس ذلك وجدى راغب ـ مبادىء الخصـــومة ص ١٧٦ ، ١٩٧ ـ ١٩٨ مبادىء القضاء المدنى ص ١٥٤ . أمينة النمر ـ بند ١١٦ ـ ١١٨ ص ١٨٥ ـ ٢٩٢ عبد الباسط جميعى ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧ . أحمد مسلم بند ٣٤١ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤ مع ملاحظة أن القانون الايطالى ينظم هذه الدعوى ضمن التدابير الوقتية انظر كوستا بند ٤٨٨ ص ٦٣٦ ـ ٦٣٧ . ولكن على اساس انها دعوى وقتية وليست دعوى حيازة .

(٩٠) فتحى والى ، الوسيط ، ص ١٢٧ ـ ١٢٨ ، رمزى سيف ، بند ١٣٠ ، ص ١٦١ ، نقض مدنى ١٩٦٦/١/١٨ ، س ١٧ ، ص ١٤٧ .

ومن ناحية أخرى ، فان الحيازة كمركز قانونى يمكن حمايتها حماية وقتية اذا توافرت شروط الحماية الوقتية ، وأهمها وأخصها شرط الاستعجال ، وهو الخطر فى التاخير . فيجوز طلب اجراء وقتى لحمايتها وفقا للمادة ٤٥ مرافعات ، حماية وقتية ، حتى يفصل فى دعوى الحيازة الموضوعية . كطلب استرداد الحيازة مؤقتا عند غصبها (٩١) .

الغصن الثانى

النظام القانونى لدعاوى الحيازة

٣٨٤ - عناصر هذا النظام القانونى :

الولاية بنظر دعاوى الحيازة :

يدخل المشرع المصرى الفصل فى دعاوى الحيازة فى ولاية القضاء العادى ، فليس لغيره ولاية الفصل فيها الا اذا كان الاعتداء على الحيازة مستندا الى قرار ادارى ، صحيحا كان أو باطلا ، اذ تكون ولاية الفصل فى هذه الحالة معقودة للقضاء الادارى ، ما لم يكن القرار الادارى فى ذاته منعدما .

وقد ثار الخلاف حول دعاوى الحيازة المرفوعة والمستندة الى قرارات صادرة من النيابة العامة فى غير جرائم الحيازة ، فلقد ذهب رأى (٩٢) الى أنه ليس للنيابة العامة سلطة التدخل فى المنازعات المدنية حول الحيازة بين الأفراد الا اذا ارتدى النزاع حول الحيازة ثوب الجريمة

---

(٩١) فتحى والى ، الوسيط ، ص ١٥٣ - ١٥٤ ، وجدى راغب - مبادىء القضاء ص ١٥٤ ، قارن نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ ، والذى أكدت فيه أنه : « لا ولاية للقضاء المستعجل بالفصل فى دعوى منع التعرض لأن الحكم فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع » ، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما ، ج ٢ ص ٨٩٧ رقم ١٤ .

(٩٢) أنظر المحكمة الادارية العليا ١٩٧٨/٦/١٠ فى الطعن ٨٧ لسنة ٢٣ ق . مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨١/٨/٢٧ فى الدعوى رقم ١٠٩٤ لسنة ٨١ ق ، مستأنف مستعجل القاهرة فى ١٩٨١/١/٢ فى الدعوى رقم ١٦٨٤ لسنة ١٩٧٩ القاهرة .

(أو كان النزاع حول حيازة مسكن الزوجية) ، وليس لها أن تنهى النزاع ولو مؤقتا فى الحيازة ، (فى غير الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات ، والمادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بشان المنازعات حول منزل الزوجية) ، والا كانت النيابة مغتصبة لسلطة القضاء ، الأمر الذى يعدم قرارها ، ويكون للقضاء المستعجل سلطة الفصل فى دعوى عدم الاعتداد بقرارات النيابة العامة فى مسائل الحيازة .

فى حين ذهب رأى آخر (٩٣) الى القول بأن قرارات النيابة العامة فى مسائل الحيازة تدخل فى عداد الأعمال الادارية التى تباشرها النيابة فى حدود سلطتها الادارية ، لانها تقوم فى هذه الحالة بمعاونة رجال الضبط الادارى بالمحافظة على الأمن العام ومنع وقوع الجرائم . وبالتالى تكون قرارات النيابة فى هذا الشان قرارات ادارية ، ولا يملك بالتالى القضاء المستعجل ولاية الفصل فى دعاوى عدم الاعتداء بقرارات النيابة فى هذا الشأن ، ويتعين عليه احالتها الى جهة القضاء الادارى .

ولا شك أن الرأى الأول هو الجدير بالتأييد لاتفاقه والمنطق القانونى الصحيح ، واعتبارا بان النيابة ليست جهة للفصل فى المنازعات المدنية .

هذا وقد تضمن الكتابان الدوريان الصادران من النائب العام رقما ٨ ، ١٢ لسنة ١٩٨٢ التعليمات الواجب اتباعها من قبل أعضاء النيابة العامة فى خصوص منازعات الحيازة . ففى البند أولا من الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ على أنه اذا كانت منازعة الحيازة المعروضة لا تشكل جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير تأمر النيابة الجزئية بقيد الأوراق بدفتر الشكاوى الادارية - وحفظها **دون اصدار قرار بشأن الحيازة .**

---

(٩٣) انظر راتب - كامل - راتب - قضاء الأمور المستعجلة - ١٩٨٥ بند ١٤٨ ، ص ٢٧٥ ، والأحكام العديدة التى أشار اليها فى هامش (١) ص ٢٧٥ .

ونص البند سابعا من الكتاب الدورى رقم ١٨ لسنة ١٩٨٢ على أنه يعمل بالتعليمات العامة للنيابات فيما يثور بشأن منازعات الحيازة بشأن مسكن الزوجية ومنازعات الحيازة الخاصة بالأموال العامة والأوقاف الخيرية والمجتمعات العمرانية الجديدة المشار اليها بالكتاب الدورى رقم ٤ لسنة ١٩٨٢ .

★ المحكمة المختصة بدعوى الحيازة واجراءات اللجوء اليها :

لم يشأ المشرع أن يخص دعاوى الحيازة باجراءات متميزة لرفعها أو نظرها ، وانما ترك ذلك للقواعد العامة ، شأنها شأن أى دعوى ، يجب أن ترفع الى المحكمة المختصة بنظرها وبالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . وعليه فان دعاوى الحيازة ترفع الى المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص ، أى ترفع الى المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى يقع فى دائرتها العقار - محل الحيازة - بحسب قيمته فان تجاوزت نصاب المحكمة الجزئية وجب رفع دعوى حيازته الى المحكمة الابتدائية ، وان لم تتجاوزه وجب رفعها الى المحكمة الجزئية .

هذا اذا كانت دعوى الحيازة دعوى موضوعية ، فان كانت دعوى مستعجلة وتوافر فى رفعها شروط الدعوى الوقتية ، فانها ترفع والحال كذلك الى محكمة الأمور المستعجلة بغض النظر عن قيمتها ، وفقا لحكم المادة (٤٥) من قانون المرافعات .

هذا وترفع دعوى الحيازة بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ، وفقا للقواعد العامة ، يتم اعلانها الى المدعى عليه أو عليهم وفقا للقواعد المقررة لاعلان صحف الدعاوى كافة .

٣٨٥ - نظر دعوى الحيازة والحكم فيها وحجيته :

١ - نظر دعوى الحيازة والحكم فيها :

أخضع المشرع دعاوى الحيازة للقواعد نفسها المقررة لنظر الدعوى بصفة عامة ، وأوجب على المحكمة أن تفصل فى موضوعها ان توافرت

الشروط المقررة ، وتقتصر المحكمة فى دعوى الحيازة على الفصل فى الحيازة ، ايجابا أو سلبا ، بعيدة عن الحق ، فهى - كما رأينا - ممنوعة من سماعه ولا الفصل فيه ، ولا المساس به على أى نحو . تطبيقا للقواعد العامة التى تمنع المحاكم من القضاء فى غير طلب أو بأكثر مما طلب منها . ولا يكون للمحكمة ان تتحقق بنفسها من توافر شروط الحيازة من عدمه ، ليس استنادا الى الحق وجودا أو نفيا . ولا تقبل لاثبات الحيازة أدلة الحق ، أو لنفيها أدلة مقدمة من المدعى عليه تثبت أنه المالك للعقار محل دعوى الحيازة (٩٤) . وانما للمحكمة أن تنظر فى مستندات الملكية لا بقصد فحصها وانما لاستخلاص عناصر وشروط الحيازة منها (٩٥) .

واذا ما توافرت شرائط حماية الحيازة فان المحكمة تصدر حكما فى موضوعها ، يختلف فى مضمونه باختلاف صورة الاعتداء المرفوعة به الدعوى .

- **فان كانت الدعوى استرداد :** فان الحكم فيها يكون بالزام المعتدى برد الحيازة المغتصبة الى الحائز ، ان توافرت شروط الدعوى .

- **أما اذا كانت الدعوى لمنع التعرض :** فان الحكم الصادر فيها يختلف بحسب ما اذا كان التعرض ماديا أو قانونيا ، فان كان التعرض ماديا - واستطاع الحائز اثبات حيازته - فان الحكم يكون بمنع التعرض وبالزام المعتدى بازالة مظاهر هذا التعرض . ويكون الحكم هنا حكما بالالزام . مثل الحكم بازالة حائط أو هدم مبنى أو قلع أشجار . وذلك على اعتبار أن سلطة قاضى الحيازة تتسع لازالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل اعادة الحالة الى

---

(٩٤) فنسان بند ٥٦ - ص ٧٧ - فتحى والى - الوسيط بند ٦٤ ص ١٢٥ .

(٩٥) نقض مدنى ١٩٦٣/١١/٢٨ س ١٤ ص ١١١٢ .
جابيو - بند ١٢٠ ص ١٠٩ .

ما كانت عليه قبل حصول التعرض (٩٦) . أما ان كان التعرض قانونيا كان الحكم تقريريا ، بمنع التعرض وعدم أحقية المتعرض فيما اتخذه .

- **واذا كانت الدعوى بوقف عمل جديد :** واستطاع الحائز اثبات حيازته ، فيكون للمحكمة أن تأمر بوقف العمل أو الأعمال الجديدة ، وليس لها أن تأمر بازالة ما تم منها ، ولها أيضا أن تأذن فى استمرارها . وفى الحالتين يجوز « للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشىء من هذا الوقف ، متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض كان على غير أساس . وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائى فى مصلحته » (م ٩٦٢ مدنى) (٩٧) .

٢ - حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة :

يعتبر الحكم الصادر فى دعوى الحيازة أيا كانت ، حكما قضائيا موضوعيا . مؤكدا وجود أو عدم وجود المركز القانونى الذى يحميه المشرع لذاته وهو الحيازة ، وعلى ذلك فانه يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة لهذا المركز ، شانه فى ذلك شأن أى حكم قضائى يصدر فى دعوى موضوعية ، وحجية الحكم - تطبيقا للقواعد العامة - قاصرة على الدعوى التى صدر فيها فان تغيرت هذه الدعوى فى أى عنصر من عناصرها ، فلا حجية للحكم الصادر فى احداها بالنسبة للدعاوى الأخرى . وعلى ذلك فان الحكم الصادر فى الحيازة لا يحوز حجيته عند الفصل فى موضوع الحق . كما لا يحوز الحكم الصادر فى الحيازة فى

---

(٩٦) **نقض** ١٩٨١/١/٢٧ طعن ٦٦٥ لسنة ٤٧ ق ، ١٩٦٧/٢/٧ س ١٨ ص ٢٩٦ ، فتحى والى - ص ١٢٨ - ١٢٩ - وجدى راغب ص ١٧٣ - ١٧٤ .

(٩٧) **أنظر** فى نقد هذا النص . فتحى والى - ص ١٢٧ - ١٢٨ . رمزى سيف بند ١٣٠ ص ١٦١ - ١٦٤ . وجدى راغب ص ١٧٦ - ١٧٧ .

دعوى معينة حجية فى دعوى أخرى الا فيما يتعلق بالتقرير الذى تضمنه الحكم (٩٨) .

المطلب الثـــالث

الحماية الجنائية للحيازة

٣٨٦ ـ تحـــديد :

امعانا من المشرع فى حماية الحيازة ، وتكريسا منه للمصلحة العامة التى تقتضى عدم استخدام العنف وعدم الصراع ، تحقيقا للســـلام الاجتماعى ، فانه يحمى الحيازة جنائيا ضد العدوان عليها ، وذلك بتحريم بعض أمثال هذا العدوان على الحيازة ، والسماح بحمـــاية الحيازة مؤقتا عن طريق خاص حددته المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

وعلينا ان نحدد مفهوم الحيازة التى يحميها المشرع جنائيا وصور الاعتداء عليها أمثال الاعتداء على الحيازة والتى عاقب المشرع عليها ، ثم النظام القانونى الخاص لحماية الحيازة حماية وقتية عن طريق القضاء المدنى .

الفـــرع الأول

الحيازة التى يحميها المشرع الجنائى

٣٨٧ ـ تحـــديد :

يجب علينا أن نحدد مفهوما معينا للحيازة التى يحميها المشرع الجنائى ، ثم نبين بعد ذلك صور الاعتداء على الحيازة والتى يجرمها المشرع فى قانون العقوبات .

---

(٩٨) انظر فتحى والى ـ ص ١٢٩ ـ ١٣٠ ، وهو ما استقر عليه قضاء النقض ، نقض ١٩٨٧/١/١٨ فى الطعن ٦٠٣ لســنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١٠/١٥ فى الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٥/٢٦ فى الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٤ ق .

الغصن الأول

مفهوم الحيازة التى يحميها المشرع الجنائى

٣٨٨ ـ الحيازة المادية :

رأينا فيما سبق أن المشرع المدنى لا يحمى ـ بدعاوى الحيازة ـ الا الحيازة القانونية المستوفية لشروطها ، فيما عدا دعوى الاسترداد فانه أجاز رفعها دفاعا عن الحيازة المادية .

وعلينا أن نتساءل عن موقف المشرع الجنائى من مفهوم الحيازة . هل يحمى الحيازة القانونية المستوفية لشروطها ، شأنها شأن المشرع المدنى ؟ أم يحمى الحيازة العرضية ؟ أم يحمى حيازة خاصة لها مفهوم خاص به ؟ وسبب هذا التساؤل هو مسلك المشرع الجنائى ذاته ، اذ جاءت نصوصه خالية من تحديد معنى الحيازة التى يحميها ، ومن تحديد لشروطها كذلك .

قد يقول قائل بان الحيازة التى يشكل الاعتداء عليها جريمة جنائية هى ذاتها الحيازة التى يحميها المشرع المدنى ، اى الحيازة القانونية بعنصريها المادى والمعنوى ، المستوفية لشروطها ، استنادا الى أن المشرع المصرى ـ متأثرا بالاتجاه اللاتينى ـ لا يحمى الا هذه الحيازة . اما الحيازة المادية أو العرضية فلا يحميها القانون المصرى الا فى الأحوال الخاصة التى ينص عليها استثناء . وهى حالات فقد الحيازة كلية ، أو حالة ما اذا كان الحائز مستأجرا .

واعتبارا بأن لفظة « حيازة » وردت فى نصوص التجريم مطلقة من أى وصف ، فيجب اذن الرجوع الى القواعد العامة لتفسير هذا اللفظ ، وتقضى هذه القواعد بان الحيازة التى يحميها المشرع المصرى هى الحيازة

القانونية بعنصريها المادى والمعنوى كأصل عام الا فى الحالات التى أشرنا اليها سلفا .

وبالرغم من منطق هذا القول ، الا أنه يتعارض مع الحكمة التشريعية من استحداث تنظيم جديد لحماية الحيازة . فضلا عن أن الأخذ به يؤدى الى نتيجة يصعب التسليم بها ، وهى أن المشرع بهذا التنظيم يكون قد حرم الخصوم من الالتجاء الى القضاء المدنى للحصول على حمايته فى مسألة مدنية بحتة ، واعطاء القضاء الجنائى سلطة للفصل فيها ، وهو أمر يأباه المنطق القانونى .

فمن حيث تعارضه مع الحكمة التشريعية لنص المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات ، والتى تتمثل فى منع ارتكاب الجرائم ، وكذلك منع الأفراد من الاقتضاء بأنفسهم توفيرا للامن وتحقيقه فى الواقع . وانما يلزم دائما لمن اعتدى على حقه من الالتجاء الى الجهات التى أوكل المشرع لهـا اقتضاء الحقوق وحماية المراكز القانونية ، ولا يجوز له اطلاقا أن يقتضى لنفسه وبنفسه . وهذه الحكمة تؤدى منطقيا الى معاقبة كل من اقتضى لنفسه ، بالاعتداء على حيازة الآخر ولو كان ذلك بقصد طرده واسترداد حيازته المسلوبة . ولو كان الحائز المعتدى حائزا ماديا وكان معتديا فى الاصل على حيازة الثانى . والقول بغير ذلك يؤدى الى تشجيع اقتضاء الحق باليد من قبل من يزعم أنه الحائز القانونى ويكون له الدخول الى العقار الواقع فى حيازة المعتدى عليه ماديا ، بقصد منع حيازته له وطرده من العين ، دون أن يشكل فعله هذا جريمة جنائية يعاقب عليها القانون وهو الأمر الذى يعكر السلام الاجتماعى والأمن العام .

واما القول بأن الحيازة التى يحميها المشرع جنائيا هى الحيازة القانونية فانه سوف يؤدى الى حرمان الخصوم من حماية الحيازة عن طريق دعاوى الحيازة من قبل القضاء المدنى بالرغم من أن الحيازة تعد مسألة مدنية والفصل فيها يجب أن يتم من قبل القضاء المدنى . أى أن هذا القول يعنى شل سلطة القضاء المدنى فى هذه الحالات .

نخلص مما سبق الى أن الحيازة التى يحميها القانون الجنائى هى

الحيازة العارضة (٩٩) والتى أراد المشرع منع الاعتداء عليها حتى لو كان ذلك بقصد استردادها من حائزها المغتصب .

ولقد ذهب البعض (١٠٠) الى أن الحيازة التى يحميها قانون العقوبات هى الحيازة « الفعلية » ،وهى فى رايه الحيازة التى تكون فيها يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقـــار تحت تصرفه المباشر . ويقرر أن الحيازة الفعلية وان كانت تتشابه مع الحيازة العرضية الا أنها لا تختلط بها .

والواقع أنه لأول مرة نسمع عن مصطلح الحيازة الفعلية فى اللغة القانونية ، فالحيازة اما أن تكون قانونية واما أن تكون مادية ، اى عرضية ، ولا يمكن تصور وجود حيازة فعلية وحيازة غير فعلية ، لأن الحائز اما أن يكون حائزا واما لا يكون .

ولهذا فالحيازة التى يحميها المشرع الجنائى هى الحيازة المادية أى الحيازة بغير نية التملك ، وهى الحيازة التى يتحقق للحائز فيهـــــا السيطرة المادية على العقار وفقا لطبيعته والغرض المخصص من أجله ، فالسيطرة على المنزل تكون لسكناه ، وعلى الأرض الزراعية بزراعتها أو تجهيزها للزراعة ، وعلى الأرض الفضاء بتسويرها أو بتهيئتها للبناء عليها ، وبالعيادة الطبية بمباشرة مهنة الطب فيها ودخول المرضى اليها وكذلك مساعدى الطبيب .

والمشرع الجنائى يحمى الحيازة المادية على العقار ســـواء كانت الحيازة مستندة على سند أو لم تكن مستندة على اى سند (١٠١) ، وسواء كان الحائز مالكا أو غير مالك .

---

(٩٩) نظر نقض جنـــائى ١٩٨٩/٤/٨ ، س ٣٠ ، ص ٤٥٠ ، ١٩٧٢/٤/٢٤ ، س ٢٣ ، ص ٦٠٦ ، ١٩٦٩/٢/١٠ ، س ٢٠ ، ص ٢٢٧ .

(١٠٠) كامل مصطفى ، مسائل عملية امام المحاكم الجنائية – منشأة المعارف ، بند ٩٥ ، ص ٣٢ وما بعدها .

(١٠١) نقـــض جنـــائى ١٩٦٩/٢/١٠ ، س ٢٠ ، ص ٢٢٧ ، ١٩٤٤/١١/٢٠ ، مجموعة الـ ٢٥ عاما ، ص ٢٩٦ .

وإذا كان المشرع الجنائى يحمى مجرد الحيازة المادية ، فانه يشترط فيها حتى تكون جديرة بالحماية أن تكون حيازة مســـــتوفية شروطها من هدوء ووضوح وظهور ، فان كانت معيبة بعيب الخفاء أو عدم الهدوء وعدم الاستقرار ، أو الغموض ، فلا يجوز حمايتها ولا يشكل الاعتداء عليها جريمة يعاقب عليها القانون ، وبالتالى لا محل لتدخـــل النيابة العامة لحمايتها . ولكن هل يشترط فى الحيازة أن تكون قد استمرت مدة سنة ؟ ان الاجابة على هذا السؤال لا تكون الا بالنفى ، ذلك لأنه لا يشترط لحماية الحيازة جنائية أن تكون حيازة الحائز المعتدى على حيازته مدة سنة سابقة على الاعتداء عليها ، وذلك تأكيدا لفاعلية نصوص التحريم ، واعمالا للحكمة التى اراد المشرع تحقيقها من استحداث هذا التنظيم الجديد للحيازة . فضلا عن أن المشرع الجنائى لا يتدخـــل لحماية الحيازة الا فى حالتين هما ارتكاب جريمة فى العقار ، أو منع حيازة الحائز بالقوة ، وأن المشرع المدنى يحمى الحائز الذى اغتصبت حيازته بالقوة ولو لم تكن حيازته قد استمرت مدة سنة .

الغصن الثـــــانى

صور الاعتداء المجرم على الحيازة

٣٨٩ ـ تعدد أفعال الاعتداء على الحيازة المعاقب عليها :

عاقب المشرع جنائيا ـ بمقتضى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، فى المواد ٣٦٩ ـ ٣٧٣ منه ، معدلة بالقـــانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على ارتكاب عدد من أفعال الاعتداء على حرمة « ملك الغير » . وهذه الأفعال المعاقب عليها هى :

أولا : الدخول فى عقارات الغير بقصد منع حيازته أو ارتكاب جريمة فيه :

عاقبت المادة ٣٦٩ على كل من دخل عقارا فى حيازة آخر بقصد منع

حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه ، أو كان قد دخله بوجه قانونى وبقى فيه بقصد ارتكاب شىء مما ذكر ، وذلك بالحبس مدة لا تجاوز سنة أو بغرامة لا تجاوز ثلاثمائة جنيه . والعقارات المقصودة فى هذا الخصوص هى الأراضى بأنواعها ، المزروعة وغير المزروعة .

ثانيا : دخـول الأماكن المسـكونة بقصـد منع الحيازة أو ارتكاب جريمة فيه :

كما تعاقب المادة ٣٧٠ من القانون نفسه كل من دخل بيتا مسكونا أو معدا للسكنى أو فى أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو فى محل معد لحفظ المال وكانت هذه الأشياء فى حيازة آخر قاصدا منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة فيها . أو دخلها بوجه قانونى وبقى فيها بقصد ارتكاب شىء مما ذكر بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تجـاوز ثلاثمائة جنيه .

ثالثا : الاختفاء فى الأماكن المسكونة الموجودة فى حيازة الغير :

عاقبت المادة ٣٧١ عقوبات كل من وجد فى احدى المحلات المنصوص عليها فى المادة السابقة (٣٧٠) مختفيا عن أعين من لهم الحق فى اخراجه بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه ، وهذه الجريمة قاصرة على المبانى وملحقاتها ، سواء كانت من المنازل أو المحال وكذلك السفن المسكونة .

رابعا : الدخول فى عقارات الغير وعدم الخروج منها :

وأخيرا عاقبت المادة ٣٧٣ كل من دخل أرضا زراعية او فضاء أو مبانى أو بيتا مسكونا أو معدا للسكنى أو فى أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو فى محل لحفظ المال ، ولم يخرج منه بناء على تكليفه ممن لهم الحق فى ذلك بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه .

وهذه الجريمة تقع على جميع العقارات سواء كانت أراض زراعية أو أراض فضاء أو كانت من المبانى .

يبين مما تقدم أن الأفعال السابقة ، بصورها المختلفة تتضمن اعتداء على الحيازة قد يتمثل فى تعرض المعتدى على حيازة الحائز تعرضا ماديا ، يمنعه مؤقتا من الانتفاع بحيازته ، مثل جعل العقار مسرحا لجريمة جنائية ، أو الاختفاء فى عقار مبنى عن أعين الحائز أو الدخول فى عقار ايا كانت طبيعته والبقاء فيه وعدم الخروج منه رغم تكليفه بذلك كما قد يتمثل الاعتداء فى سلب الحيازة فعلا ، وذلك فى حالة الدخول الى عقار أيا كانت طبيعته بقصد منع حيازة الحائز بالقوة .

وتكريسا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فان جميع أفعال الاعتداء الأخرى على الحيازة والتى لا تندرج تحت نص من نصوص التجريم السابقة ، لا تعتبر فعلا جنائيا معاقبا عليه ، وبالتالى لا تكون للنيابة العامة التدخل بشأنها واتخاذ أى اجراءات وقتية لحماية الحيازة .

وعليه فالاختفاء فى عقار من العقارات غير المبنية مثل الأراضى الزراعية ، وما فى حكمها لا يمثل اعتداء على الحيازة مكونا لجريمة من جرائم الحيازة . طالما لم يكن الدخول الى هذا العقار بقصد ارتكاب جريمة فيه أو بقصد منع حيازة الحائز بالقوة .

وكذلك الدخول فى عقار من العقارات أيا كانت طبيعته وعدم الخروج منه طالما لم يتم تكليف من دخل العقار بالخروج منه ممن لهم الحق فى اخراجه ، الا اذا كان الدخول بقصد ارتكاب جريمة أو منع حيازة الحائز بالقوة .

الفــــرع الثـــانى

النظام القانونى لحماية الحيازة جنائيا ومشكلاته

الغصن الأول

النظام القانونى لحماية الحيازة جنائيا

٣٩٠ - عناصر هذا النظام :

تنص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات المضافة بالقانن رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على أنه « يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب (المواد ٣٦٩ وما بعدها عقوبات) أن تامر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحيازة . على أن يعرض الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص لاصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بالغائه » .

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوما من تاريخ صدور هذا القرار ، وعلى المحكمة الجنائية - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشان بتأييد القرر أو بالغائه ، وذلك كله دون مساس بأصل الحق .

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار اليها ، وكذلك اذا صدر أمر بالحفظ أو بألا وجه لاقامة الدعوى .

يبين من النص المتقدم أن المشرع - فى سبيل حمايته للحيازة حال الاعتداء عليها جنائيا - قد وضع تنظيما اجرائيا لحمايتها ، يختلف عن ذلك التنظيم الذى تضمنته القواعد العامة ويبين ذلك مما ياتى :

١ - الجهة المنوط بها حماية الحيازة جنائيا : من الثابت أن القضاء المدنى بتشكيلاته المختلفة هو الجهة القضائية المنوط بها حماية الحيازة

من الاعتداء عليها ، عندما يتم رفع الدعوى المدنية اليه بالاجراءات التى يحددها قانون المرافعات . سواء أمام قاضى الموضوع أو أمام القضاء المستعجل ، بحسب الأحوال .

الا أن المشرع بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ قد خرج على ذلك ، وأعطى النيابة العامة سلطة اتخاذ اجراءات تحفظية لحماية الحيازة على ان تعرض - وجوبا - بعد ذلك على القاضى الجزئى المختص لتأييد أو تعديل او الغاء قرار النيابة فى هذا الشان .

وبصدور القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ، فقد أصبحت للنيابة العامة سلطة التدخل فى المنازعات المدنية حول الحيازة ، بل واصدار قرارات وقتية لحماية الحيازة ، ولم يعد هناك مجال للتشكيك فى شرعية هذه القرارات ، صحتها أو بطلانها بزعم أنها تصدر عن النيابة فى غير وظيفتها. اذ اجاز المشرع للنيابة عند الاعتداء على الحيازة - فى الحالات التى يشكل فيها الاعتداء عليها جريمة جنائية - أن تأمر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحيازة بشرط ان يعرض قرارها على القاضى الجزئى المختص لاصدار قرار مسبب بتاييد او الغاء أو تعديل قرار النيابة .

٢ - اجراءات الحصول على حماية الحيازة : والثابت أيضا - وفقا للقواعد العامة - ان المعتدى على حيازته يستطيع الحصول على حماية حيازته ، بالتجائه الى القضاء المدنى بدعوى من دعاوى الحيازة ، بالاجراءات التى رسمها القانون فى هذا الخصوص ، أى بايداع صحيفة دعواه قلم كتاب المحكمة المختصة (موضوعية كانت أو مستعجلة) ، يتم اعلانها الى الخصم الآخر بالطرق المحددة قانونا .

اما المشرع الجنائى - فى تنظيمه الجديد - لم يتطلب من الحائز - حال وقوع الاعتداء على حيازته ، اعتداء يجرمه القانون - أن يرفع دعوى بالاجراءات المعتادة ، بل يكفيه فحسب ابلاغ النيابة العامة بالاعتداء على حيازته ، ثم تتولى النيابة العامة أمر تحقيق هذا البلاغ ، فان رأت جدية الاتهام أصدرت قرارا تحفظيا لحماية الحيازة ؛ ثم تتولى هى عرضه على القاضى الجزئى المختص ، فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ

اصدارها للقرار ، ويجب على القاضى الجزئى فى خلال ثلاثة أيام من عرض الأمر عليه ، أن يصدر قرارا مسببا بتأييد أمر النيابة أو بتعديله أو بالغائه .

وعلى النيابة العامة بعد ذلك رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوما من تاريخ صدور هذا القرار ، الى المحكمة الجنائية ، التى تفصل فى النزاع حول الحيازة بناء على طلب النيابة أو المتهم أو المدعى بالحقوق المدنية ، بعد سماع أقوال ذوى الشأن ، بتأييد القرار أو بالغائه وذلك كله دون مساس بأصل الحق .

يبين مما تقدم جميعه أن المشرع الجنائى لم يلزم الخصوم باتخاذ أية اجراءات من جانبهم لحماية الحيازة - حال الاعتداء عليها جنائيا ، بل عهد بذلك الى النيابة العامة بوصفها صاحبة الدعوى العمومية ، وعلى ذلك فلا يلتزم المعتدى على حيازته الا بابلاغ النيابة العامة . فلا يستطيع الخصم الالتجاء الى القاضى الجزئى مباشرة . كما لا يلتزم حتى بعد صدور قرار النيابة ، أن يعرض الأمر على هذا القاضى الجزئى - بعريضة - ليصدر أمره على احدى نسختيها ، لأن ذلك يدخل فى مهمة النيابة العامة التى أصدرت القرار التحفظى .

ولم تبين المادة ٣٧٣ مكرر من قانون العقوبات الاجراءات التى يلتزم القاضى الجزئى باتخاذها بعد عرض الأوراق عليه ليصدر قراره المسبب . وهل يصدره فى جلسة علنية يعلن بها الخصوم أو يصدره فى غيبتهم كما هو المتبع فى الأوامر على العرائض ؟ وهل يتم اعلان قرار القاضى الجزئى الى الخصوم - ان اتخذ فى غيبتهم - أم لا ؟

وازاء سكوت المشرع ، فان قرار القاضى الجزئى - فى رأينا - لا يعدو أن يكون قرارا ولائيا يصدره القاضى بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، شأنه فى ذلك شأن الأوامر على العرائض ، وبالتالى فهو يصدر من القاضى فى غيبة الخصوم ، ولا يتم اعلانه اليهم حتى بعد اصداره ، وانما على الخصوم تتبع هذا القاضى وما اتخذه فى الأوراق التى عرضت

عليه من النيابة العامة ، ويكون لهم الحق فى استخراج صورة رسمية من قرار القاضى الجزئى يمكن التنفيذ بمقتضاها .

واذا حدث وأصدرت النيابة قرارا بشأن الحيازة ، ولم تعرضه على القاضى الجزئى المختص فى الميعاد الذى حدده المشرع أو عرضته فى الميعاد ولم يصدر القاضى الجزئى قراره المسبب فى خلال الميعاد الذى حدده النص ، أو أصدره فى الميعاد الا أن النيابة العامة لم ترفع الدعوى الجنائية فى الميعاد المنصوص عليه ، فان الأمر الصادر بشأن الحيازة - سواء كان قرار النيابة أو كان قرار القاضى الجزئى . يعتبر كأن لم يكن ، ويعود الوضع بالنسبة للحيازة الى ما كان عليه قبل صدور القرار التحفظى من النيابة العامة .

الغصن الثانى

المشكلات التى أثارها التنظيم الجديد لحماية الحيازة

٣٩١ - تمهيد :

أثار التنظيم الجديد لحماية الحيازة الوارد بالمادة ٣٧٣ مكررا من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الكثير من المشكلات القانونية ، والتى أثارت العديد من التساؤلات حولها . ونبين ذلك فيما يلى :

أولا - حدود سلطة النيابة :

رأينا أن المشرع بالتعديل المتقدم ، قد أوجد السند القانونى لتدخل النيابة فى منازعات الحيازة بعد أن كانت تتدخل فيها قبل ذلك دون سند من القانون ، الأمر الذى أوجد ظلالا من الشك حول شرعية تدخلها فى هذه المسائل . ولما جاء هذا السند متمثلا فى نص المادة ٣٧٣ مكرر الشهيرة ، فانه ولا شك جاء على خلاف الأصل العام ، وانما - نظرا لضرورة احترام هذا النص - يلزم اقتصار تدخل النيابة فى منازعات

الحيازة على الحالات التى حددها النص ، وهى الحالات التى يمثـــل الاعتداء فيها على الحيازة جريمة جنائية أو الحالات الأخرى التى ينص القانون عليها صراحة ، فلا يكون للنيابة سلطة التدخل لحماية الحيازة ولو باتخاذ اجراءات تحفظية خارج هذه الحالات . وان فعلت شيئا من ذلك ـ فانها ولا شك تكون قد اغتصبت سلطة القضاء المدنى ، ويكون عملها منعدما يمكن الغاؤه بدعوى مبتدأة أمام القضاء المدنى او عـــدم الاعتداد بقراراتها أمام القضاء المستعجل . ويترتب على ذلك ما يلى :

١ ـ ليس للنيابة العامة أن تصدر قرارات تحفظية بشأن الحيازة فى الحالات التى لا يشكل فيها الاعتداء على الحيازة جريمة جنائية . اذ يبقى للقضاء المدنى السلطة كاملة فى هذه الحالات .

٢ ـ ليس للنيابة العامة سلطة اتخاذ أية اجراءات بشان منازعات الحيازة الواقعة بين المطلقة الحاضنة ومطلقها حول منزل الزوجية . لأن هذه المنازعات تظل محكومة بمقتضى المادة الرابعة من القانن رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى يكون الاختصاص فيها للنائب العام أو المحـــامى العـــام .

٣ ـ ليس للنيابة العامة ـ حتى فى الحالات التى ينطوى الاعتداء فيها على الحيازة على جريمة جنائية ـ الا اتخاذ اجراءات وقتية تحفظية بشأن الحيازة ، فليس لها أن تنهى النزاع بين الخصوم حول الحيازة ، ولا أن تفصل فى أصل العلاقة المدنية بين المتنازعين .

ثانيا ـ الاختصاص بالفصل فى منازعات الحيازة :

جعل المشرع بالتعديل سالف الذكر ـ من القاضى الجزئى هو جهـة الاختصاص بالفصل فى منازعات الحيازة فى الحالات التى يشـــــكل الاعتداء عليها جريمة جنائية ، باصدار قرارات مسببة لحماية الحيازة ، سواء كانت بتأييد قرارات النيابة العامة او بتعديلها أو بالغائها ، وذلك أيا كانت قيمة العقار محل الحيازة .

فالقاضى الجزئى المختص ، والذى أطلق عليه « قاضى الحيازة » هو الجهة التى تصدر القرارات الوقتية بشأن الحيازة فى حالات الاعتداء عليها المشكل لجريمة جنائية وذلك بعرض الأوراق عليه من النيابة العامة وليس الخصوم . وعليه فلا يجوز للنيابة العامة أن تعرض الأوراق على قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة .

وبثور التساؤل حول المقصود بعبارة « القاضى الجزئى المختص » الوارد فى سياق النص المتقدم . وهل يقصد به المحكمة الجزئية بوصفها محكمة موضوع ، أم بوصفه قاضيا مستعجلا أم بوصــفه قاضيا للأمور الوقتية ؟

وسرعان ما يتبدد هذا التساؤل ، اذا علمنا أنه لا يمكن الالتجاء الى المحكمة الجزئية أو القاضى الجزئى بوصفه قاضيا مستعجلا الا بالاجراءات التى رسمها قانون المرافعات ، أى بايداع صحيفة دعوى قلم كتاب المحكمة من جانب المدعى مستوفية لبيانات الدعوى ، يتم اعلانها بالطريق الذى رسمه القانون الى المدعى عليه . لأن القاضى الجزئى (كمحكمة موضوع - أو محكمة مستعجلة) انما يصدر أحكاما قضائية بالمعنى الفنى ، وهــو لا يستطيع اصدارها الا فى خصومة منعقدة قانونا بين طرفيها .

وحيث أن القاضى الجزئى المختص « قاضى الحيازة » وهو يصدر قراره المسبب - بعد عرض الأوراق عليه من النيابة العامة - بتأييد أو بتعديل أو بالغاء القرار التحفظى الصادر منها ، انما يصدره فى غير خصومة رفعت اليه بالطريق القانونى ، وبغير اجراءات ، وفى غيبــة الخصوم ، فانه والحال كذلك لا يعدو أن يكون قاضيا للأمور الوقتية ، ويكون قراره بمثابة قرار ولائى أى أمر على عريضة .

ولا يغير من هذا النظر كون القرار الصادر من القاضى الجزئى لابد وأن يكون مسببا لأن تسبيب هذا القرار لا يخرجه عن طبيعته الولائية . خاصة وأن القانون ينص على ضرورة تسبيب الأوامر على عرائض ان كانت صادرة على خلاف أوامر سابقة . وتسبيب الأمر الجديد لم يخرجه عن كونه أمرا على عريضة .

كما لا يغير من هذا النظر أيضا كون القرار الصادر من القاضى الجزئى لا يصدر منه على عريضة مقدمة اليه من أحد ذوى الشأن على النحو المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ مرافعات . اذ كثيرا ما يصدر قاضى الأمور الوقتية أوامر منه بعد عرض الأوراق عليه من قبل المحضر مثلما تنص عليه المادة ٨ مرافعات من أنه « اذا تراءى للمحضر وجه فى الامتناع عن الاعلان وجب عليه عرض الأمر فورا على قاضى الأمور الوقتية ليأمر ... باعلان الورقة أو بعدم اعلانها ... » وكذلك المادة ٣٦٥ مرافعات توجب على المحضر رفع الأمر الى قاضى التنفيذ (بوصفه قاضيا للأمور الوقتية) ليأمر بنقل الأشياء المحجوزة وايداعها لدى أمين يقبل الحراسة أو بتكليف أحد رجال الادارة بالمنطقة الحراسة اذا لم يكن المدين (المحجوز عليه) حاضرا توقيع الحجز .

واذا انتهينا الى أن المقصود بالقاضى الجزئى المختص بالنسبة لمنازعات الحيازة ، هو القاضى الجزئى بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، فان ما يصدره فيها من قرارات مسببة لا تعدو أن تكون قرارات ولائية أى بمثابة أوامر على عرائض . وهو الأمر الذى يستوجب - منطقيا - خضوع هذه القرارات للنظام القانونى الذى يحكم الأوامر على العرائض، وأهمها قابلية هذه الأوامر للتظلم منها ، أما الى القاضى الآمر ، واما الى المحكمة التابع لها فضلا عن نفاذ هذه الأوامر نفاذا معجلا وبقوة القانون .

الا أن المشرع الجنائى ، لم ينص على قابلية القرارات الصادرة من قاضى الحيازة للتظلم منها . فهل يفسر سكوته هذا على نهائية هذه القرارات . أم قابليتها للتظلم منها وفقا للقواعد العامة ؟ .

أوجب المشرع على النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية الى المحكمة الجنائية المختصة خلال ستين يوما من تاريخ صدور القرار التحفظى بشأن الحيازة الصادر من قاضى الحيازة - فى رأينا - وأوجب المشرع على المحكمة الجنائية أن تفصل فى النزاع بشأن الحيازة - متى طلب منها ذلك - بتأييد القرار أو بالغائه دون مساس بأصل الحق . ومعنى ذلك أن المشرع

قد جعل من المحكمة الجنائية جهة الفصل فى سلامة أو عدم سلامة القرار الصادر من قاضى الحيازة ، الأمر الذى يؤدى - منطقيا - الى القول بأن القرار الولائى الصادر من قاضى الحيازة لا يتظلم منه امام المحكمـــة المدنية التابع لها قاضى الحيازة ، وانما يتم ذلك إمام المحكمة الجنائية ، وهذا هو وجه الشذوذ فى هذا التنظيم . ويبدو من وجهين :

١ - أن قاضى الحيازة بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، يعتبر قاضيا مدنيا الأمر الذى يستوجب أن تتم مراجعة قراراته أمام المحكمة المدنية التابع لها . وهذا ما لم يفعله المشرع فى هذا النص .

٢ - أصبح الفصل وقتيا فى مسائل الحيازة - حال الاعتداء عليها جنائيا - من اختصاص القضاء الجنائى ، وبذلك يكون المشرع قد أخرج هذه المسائل من الاختصاص الولائى للمحاكم المدنية بالرغم من أنها مسائل مدنية بالمعنى الفنى .

ثالثا - وقتية الحماية الجنائية :

وبعد أن انتهينا من عرض عناصر التنظيم القانونى لحماية الحيازة جنائيا ، يبين لنا أن هذه الحماية ليست الا حماية وقتية لمركز واقعى هو الحيازة المادية . وأن هذه الحماية لا تمنع بحال من الالتجاء الى القضاء المدنى حصولا على حمايته النهائية بشأن الحيازة ، بوصفه القضاء المختص بالفصل فى هذه المسائل يؤيد ذلك ما يلى :

١ - أن النيابة - ان رأت جدية الاتهـــام - تأمر باتخاذ اجـــراء تحفظى لحماية هذه الحيازة ، فالنيابة لا تستطيع بقرار منها أن تتخذ أمرا من شأنه انهاء المنازعة حول الحيازة .

٢ - ان قرار النيابة التحفظى يعرض وجوبا على القــاضى الجزئى المختص ليصدر قرارا مسببا بتأييد أو تعديل قرار النيابة . وأن هـــذا القرار المسبب وعلى ما رأينا - لا يعدو أن يكون قرارا ولائيـــا صادرا بمقتضى السلطة الولائية للقاضى الجزئى يصدره بوصفه قاضيا للأمور الوقتيـــة .

فالقاضى الجزئى لا يصدر حكما من شانه تحقيق الحماية الكاملة للحيازة ، أى حكما قضائيا بالمعنى الفنى .

٣ - وحتى المحكمة الجنائية - عندما يطلب اليها الفصل فى النزاع عند رفع الدعوى الجنائية اليها ، فانها لا تحقق الحماية النهائية ، لانها لا تفصل فى أصل الحيازة ، لأنها ممنوعة من المساس بأصل الحق . وانما تقتصر سلطتها على مجرد تأييد أو الغاء القرار الولائى الصادر من القاضى الجزئى . فهى - أى المحكمة الجنائية - والحال كذلك لا تعدو أن تكون جهة مراجعة للقرار الولائى ، وبالتالى فلا يمكن أن تكون لها أكثر من السلطة التى كانت للقاضى الجزئى الذى أصدر القرار الولائى محل هذه المراجعة ، فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تفصل فى النزاع حول الحيازة فيما يجاوز ما كان لهذا القاضى الجزئى . ويكون الحكم الجنائى هو الآخر مانحا الحماية الوقتية للحيازة .

٤ - حرص المشرع الجنائى على النص على وقتية حماية الحيازة بنصه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على أن « ذلك كله (أى الاجراءات الصادرة بشأن حماية الحيازة) دون مساس باصل الحق » والمقصود بأصل الحق الوارد فى هذه العبارة فى رأينا هو الفصل فى أحقية حيازة الحائز المعتدى عليه ومدى قانونية سيطرته المادية على الشىء محل الحيازة ، وهل حيازته جديرة بحمايتها أى هل حيازته حيازة قانونية مستوفية لعنصريها المادى والمعنوى ، وخالية من كافة عيوبها أم لا . لأن الفصل فى هذه الامور يكون مجلا لدعوى موضوعية من دعاوى الحيازة التى ترفع الى المحاكم المدنية - وفقا لقواعد الاختصاص - بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

ولا يغير من هذا الفهم القول : بأن المقصود بعبارة « دون مساس بأصل الحق » الفصل فى بيان الحق الموضوعى الذى تستند عليه الحيازة ، أى الفصل فيما اذا كان الحائز المعتدى على حيازته هو نفسه صاحب الحق على العقار محل الحيازة أم لا أى مالك العقار . لأن هذا الفهم تمليه

القواعد العامة فى حماية الحيازة ، لأن المشرع يحمى الحيازة مدنيـــا لذاتها ومستقلة عن الحق ولا يكون للقضاء المدنى وهو بصدد الفصل فى دعوى الحيازة المساس بأصل الحق أو الحكم فيه ثبوتا أو نفيا على النحو الذى تنظمه المادة ٤٤ من قانون المرافعات . فلو كان المشرع الجنائى يقصد هذا المعنى ، فما كان بحاجة الى النص عليه وان نص عليه ، فان ذلك يعتبر منه تزيدا وهو ما نزه المشرع عنه .

٥ ــ ان القول بأن الحماية الجنائية للحيازة هى حماية وقتيـــة يجنبنا الكثير من المشكلات القانونية فضلا عن أنه لا يحرم الخصــــــوم فى الحيازة من الالتجاء الى القضاء المدنى للحصول على حمايته فى مسألة مدنية بحتة هى الحيازة وتكون لهم الحرية فى التقدم بكل دفاعهم ودفوعهم بشأنها وفقا للقانون . وبالاضافة الى كل ما تقدم فان القــول بغير ذلك من شأنه أن يخرج الحيازة من ولاية القضاء المدنى وهو الأمر المتعلق بالنظام العام ليدخلها فى ولاية القضاء الجنائى والمعروف أن هذا القضاء الأخير لا يختص بالفصل فى الدعوى المدنية الا على ســــبيل الاستثناء البحت تبعا لاختصاصه بالدعوى الجنائية والتى كثيرا ما تكون الدعوى المدنية مرفوعة بطلب التعويض على الأضرار لتى سببتهـــا الجريمة ، وحيث لا يكون موضوع الدعوى المدنية تعويض عن الجريمة فلا يكون القضاء الجنائى مختص بنظرها .

نخلص من كل ما تقدم الى أن الحماية الجنائية للحيازة لا تعدو ان تكون حماية وقتية لها ، وهى لذلك لا تمنع بحال من الحصول على الحماية الموضوعية لها من القضاء المدنى صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل فيها وفقا لأحكام القانون المنظم للقضاء المدنى ، كما أن الحماية الجنائية للحيازة ــ حال الاعتداء عليها جنائيا ــ لا تقيد المحكمة المدنية عند نظر الدعوى المدنية ، لأنها حماية وقتية . ولا يثور فى هذا المقام أمر حجية الحكم الجنائى بالنسبة للمحكمة المدنية ، نظرا لاختلاف الموضوع فى الدعويين خاصة وأن الحكم الجنائى لم يكن قد فصل فى موضوع الحيازة بمعناه المعروف فى فقه القانون المدنى . وانما يكون قد

فصل فحسب فى أمر الحيازة المادية . وحتى لو سلمنا بأن الحكم الجنائى يحوز حجيته بالنسبة للدعوى المدنية ، فانه لا يحوز حجيته الا بالنسبة للوضع المادى للحيازة . ويكون من ثم للخصم الآخر أن يرفع الدعوى المدنية لا لنفى هذه الحيازة المادية ولكن لاثبات انتفاء العنصر المعنوى فى الحيازة للتوصل الى حماية حيازته القانونية التى توافرت شروطها الأخرى .

المحتويـــات

الموضـــوع	الصفحة

تمهيد ـ ضرورة القانون ٣
ـ ضرورة القضـاء ٥
ـ قانون القضاء المدنى وموضوعاته وخصائصه ٨
ـ النطاق الزمنى لقوانين القضاء المدنى ٢٥

الجـــزء الأول
النظـام القضائى
البـــاب الأول
وظيفـة القضـاء

الفصل الأول : الوظيفة القضائيـة ٤٧

المبحث الأول : تمييز وظيفة القضاء ٥٠

المطلب الأول : الوظيفة القضائية والوظيفةالتشريعية ٥٠

المطلب الثانى : الوظيفة القضائية والوظيفةالتنفيذية ٥٤

الفرع الأول : الاتجاه الشكلى ٥٦

الفرع الثانى : الاتجاه الموضوعى . . ٦٣

الفرع الثالث : الوظيفة القضائية فى رأينـــا ٨٠

المبحث الثانى : خصائص العمل القضائى . . . ٨٧

المبحث الثالث : صور الحماية القضائية . . . ٩٥

المطلب الأول : الحمايةالموضوعية (القضاءالموضوعى) ٩٦

المطلب الثانى : الحماية الوقفية (القضاء الوقتى أو المستعجل ١٠٤

الموضــــوع	الصفحة

الفرع الأول : مفهوم القضاء الوقتى ومضمونه	١٠٤
الفرع الثانى : شروط منح الحماية الوقتية .	١١٠
القصد الأول : شروط الاختصــاص .	١١٠
القصد الثانى : شروط القبول . . .	١١٧
الفرع الثالث : اجراءات الحصول على الحماية	١٢٦
الوقتية وقواعدها . . .	١٢٦
القصد الأول : اجراءات رفع الدعوى الوقتية	١٢٦
القصد الثانى : نظر الدعـــوى الوقتية .	١٣٠
المطلب الثالث : الحماية التنفيذية (التنفيذ القضائى)	١٤٠
الفصل الثانى : الوظيفة الولائية للقضاء	
المبحث الأول : فكرة الوظيفة الولائية ومعيار تمييزهـــا	١٤٥
المطلب الأول : فكرة الوظيفة الولائيـــة . .	١٤٥
المطلب الثانى : معيار الأعمال الولائية . .	١٤٩
المبحث الثانى : الأعمال الولائية ونظامها القانونى .	١٥٤
المطلب الأول : تقسيمات الأعمال الولائية . .	١٥٤
المطلب الثانى : النظام القانونى للأعمـــال الولائية	١٥٥
المبحث الثالث : الأوامر على العرائض . . .	١٥٧
المطلب الأول : فكرة الأمر على عريضة . .	١٥٧
المطلب الثانى : النظام الاجـــرائى للأوامـــر على	
العرائض	١٥٩
المطلب الثالث : التظلم من الأوامر على العـــرائض	١٦٥
الفرع الأول : قواعد رفع التظلم واجراءاتــه	١٦٥
الفرع الثانى : اجراءات الحـــكم فى التظلم	١٦٩

الباب الثانى
القضاة واعوانهم

الموضوع	الصفحة
الفصل الأول : القضاة	١٧٣
المبحث الأول : اختيار القضاة	١٧٥
المطلب الأول : الاختيار بالانتخاب	١٧٥
المطلب الثانى : الاختيار بالتعيين	١٧٧
المطلب الثالث : اختيار القضاة فى النظام المصرى	١٧٩
المبحث الثانى : ضمانات القضاة	١٨٤
المطلب الأول : ضمانات استقلال القضاة عن الحكومة	١٨٥
المطلب الثانى : ضمانات حياد القاضى	١٩٩
أولا ــ حالات عدم صلاحية القضاة	٢٠١
ثانيا ــ رد القضاة	٢٠٨
المطلب الثالث : ضمانات القضاة عند مخاصمتهم	٢٢٣
الفرع الأول : مفهوم نظام المخاصمة وحالاته	٢٢٤
الفرع الثانى : النظام الاجرائى لمخاصمة القضاة	٢٣٠
الفصل الثانى : أعوان القضاة	٢٣٧
المبحث الأول : النيابة العامة ودورها	٢٣٨
المطلب الأول : فكرة النيابة العامة وتشكيلها	٢٣٨
المطلب الثانى : دور النيابة العامة واجراءاته	٢٤١
الفرع الأول : دور النيابة العامة أمام القضاء	٢٤١
الفرع الثانى : النظام الاجرائى لتدخل النيابة العامة واثره	٢٤٩

الموضـــوع	الصفحة

المبحث الثانى : أعوان القضاة من غير أعضاء النيابة . ٢٥٢
المطلب الأول : أعوان القضاة من موظفي المحـاكم ٢٥٢
المطلب الثانى : أعوان القضاة من غير موظفى المحاكم . ٢٥٣
الفرع الأول : المحامون ٢٥٤
الفرع الثانى : الخبراء ٢٦٥

البـــاب الثـالث
القضـــاء وولايتـه

الفصل الأول : جهات القضاء فى الدولـة ٢٧١
المبحث الأول : جهتـا القضـاء العام ٢٧٤
المطلب الأول : (القضاء العادى والمدنى) . . ٢٧٤
الفرع الأول : محاكم القضاء المدنى وتشكيلاته
المتخصصة ٢٧٤
الفرع الثانى : محاكم القضاء الجنائى وتشكيلاته
المتخصصة ٢٨٥
المطلب الثانى : القضـاء الادارى . . . ٢٨٨
المبحث الثانى : الجهات القضائية المحدودة الولاية . ٢٩٤
المطلب الثانى : القضـــاء الادارى . . . ٢٨٨
المطلب الأول : المحاكم الخاصة ومشروعيتها . ٢٩٤
المطلب الثانى : جهات القضاء المحدودة الولاية . ٣٠٢

الفصل الأول : ولايـــة القضاء العـادى ٣١٣
المبحث الأول : ولاية قضاء الدولة وحدودهـــا . . ٣١٤
المبحث الثانى : نطاق ولايـة القضاء العـادى . . ٣٢٢
المبحث الثالث : انتفاء الولاية والتنازع بشانها . . ٣٢٨

الموضـــوع الصفحة

البـــاب الـــرابع
قواعد الاختصاص

الفصل الأول : أنواع الاختصـــاص ٣٥٥
المبحث الأول : الاختصاص القيمى ٣٥٧
المطلب الأول : توزيع الاختصاص القيمى . . ٣٥٧
المطلب الثانى : القواعد العامة فى تحديد قيمة الدعوى ٣٦١
المطلب الثالث : كيفية تقدير قيمة الدعوى . . ٣٧٥
المبحث الثانى : الاختصاص النوعى ٣٨٤
المطلب الأول : الاختصاص النوعى للمحاكم الجزئية ٣٨٥
المطلب الثانى : الاختصاص النوعى للمحاكم الابتدائية ٣٩٥
المبحث الثالث : الاختصاص المحـلى ٣٩٩
المطلب الأول : القاعدة العامة (محكمة موطن المدعى عليه) ٤٠٠
المطلب الثانى : القواعد الخاصة فى الاختصاص المحلى ٤٠٤
المبحث الرابع : الاختصاص المتعلق بالوظيفة . . ٤١٦
المبحث الخامس : الاختصاص بالمسائل الفرعية ومـــدى تأثيرها على قواعد الاختصاص . . ٤٢٣
المطلب الأول : الاختصاص بالمسائل الفرعية . ٤٢٣
المطلب الثانى : تأثير المسائل الفـرعية على قواعد الاختصاص ٤٣٦
الفصل الثانى : طبيعة قواعد الاختصـــاص ومشاكله . . ٤٤١
المبحث الأول : طبيعة قواعد الاختصاص . . . ٤٤١
المطلب الأول : مدى تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العـــام ٤٤١

الموضـوع	الصفحة
المطلب الثانى : نتائجتعلق قواعد الاختصاصبالنظام العـام	٤٤٥
المبحث الثانى : مشاكل الاختصاص	٤٤٩
المطلب الأول : الاختصاص والتنازع فيه	٤٤٩
المطلب الثانى : الاحالة وأنواعها ووسيلتهـا	٤٥٥
الفرع الأول : مفهوم الاحالة وأهميتهـا	٤٥٥
الفرع الثانى : حالات الاحالة	٤٥٦
الفرع الثالث : وسيلة الاحالة	٤٦٦
البـاب الخامس	
الدعـوى القضائية	
تمهيـــد	٤٧١
الفصل الأول : فكـرة الدعـوى	٤٧٧
المبحث الأول : تعريف الدعوى وطبيعتها	٤٧٩
المطلب الأول : تعريف الدعـوى	٤٧٩
المطلب الثانى : طبيعة الحق فى الدعوى	٤٨٦
المبحث الثانى : تمييز حق الدعوى وخصائصه	٤٩٩
المطلب الأول : تمييز حق الدعـوى	٤٩٩
المطلب الثانى : خصائص الحق فى الدعـوى	٥٠٢
المبحث الثالث : عناصر الدعوى القضائية	٥٠٦
المطلب الأول : أهمية تحديد عناصر الدعوى	٥٠٦
المطلب الثانى : تحديد عناصر الدعوى	٥٠٩
الفصل الثانى : شروط الدعـــوى	٥٢١
المبحث الأول : الشروط الايجابية	٥٢٣
المطلب الأول : المصلحة فى الدعـوى	٥٢٥

الموضـوع | الصفحة

الفرع الأول : تعريف المصلحة ٥٢٥
الفرع الثانى : شروط المصلحة ٥٢٩
أولا : قانونية المصلحة ٥٢٩
ثانيا : واقعية المصلحة ٥٣٧
١ ــ الضرر الحال ٥٤٠
٢ ــ الضرر المحتمل ٥٤٣
المطلب الثانى : الصفة فى الدعـوى ٥٥٨
الفرع الأول : المقصود بالصفة فى الدعـــوى ٥٥٨
الفرع الثانى : نوعا الصفة فى الدعـوى . ٥٦٣
الفرع الثالث : الصفة فى الدفاع عن المصـــالح العامـــة والجماعية . . ٥٦٥
أولا : الصفة فى الدفاع عن المصالح العامة ٥٦٥
ثانيا : الصفة دفاعا عن المصالح الجماعية ٥٦٧
المبحث الثانى : الشروط السلبية ٥٧١

الفصل الثالث : تقسيمات الدعـــاوى ٥٧٥

المبحث الأول : تقسيم الدعاوى بحسب المطلوب فيها . ٥٧٦
المطلب الأول : الدعاوى التقريرية ، المنشئة ودعاوى ٥٧٦
الالزام ٥٧٦
المطلب الثانى : أهمية هـذا التقسيم ٥٧٨

المبحث الثانى : دعـاوى الحـق ٥٧٩

المطلب الأول : تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة الحق ٥٧٩
الفرع الأول : الدعـاوى الشخصية والعينيـة والمختلطـــة ٥٧٩
الفرع الثانى : اهمية هـذا التقسيم . . . ٥٨١
المطلب الثانى : تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة المال ٥٨٢

الموضوع	الصفحة

الفرع الأول : الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة ٥٨٢
الفرع الثانى : أهمية هذا التقسيم . . ٥٨٤
المبحث الثانى : الحيازةوحمايتها ٥٨٥
المطلب الأول : فكرة الحيازة وسبب حمايتهاونطاقهـا ٥٨٥
الفرع الأول : فكرة الحيازة . . . ٥٨٥
١ - تعريف الحيازة . . . ٥٨٥
٢ - الحيازة التى تحميها الأنظمة . ٥٨٨
الفرع الثانى : علة حماية الحيازة ونطاقها . ٥٩٦
المطلب الثانى : الحماية المدنية للحيازة (دعاوى الحيازة) ٦٠٠
الفرع الأول : شروط دعوى الحيازة . . . ٦٠٠
الغصن الأول : الشروط العامة لدعوى الحيازة ٦٠١
أولا : المصلحة فى دعوى الحيازة ٦٠٢
ثانيا : الصفة فى دعاوى الحيازة ٦١٠
الغصن الثانى : الشروط الخاصةبدعاوى الحيازة ٦١٣
أولا : ميعاد رفع دعاوى الحيازة ٦١٣
ثانيا : عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق ٦١٥
الفرع الثانى : طبيعة دعوى الحيازة ونظامها ٦١٩
الغصن الأول : طبيعة دعوى الحيازة ٦١٩
الغصن الثانى : النظام القانونى لدعوى الحيازة ٦٢٢

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الثالث : الحماية الجنائية للحيـازة . .	٦٢٧
الفرع الأول : الحيـــازة التى يحميهـا المشرع الجنـــائى	٦٢٧
الغصن الأول : مفهومهـا . . .	٦٢٨
الغصن الثانى : صـور الاعتداء المجـــرم على الحيازة	٦٣١
الفرع الثانى : النظام القانونى لحماية الحيازة جنائيا ومشكـلاته	٦٣٤
الغصن الأول : النظام القانونى لحمايـة الحيـازة جنائيـا . . .	٦٣٤
الغصن الثانى : المشكلات التى أثارهـا حماية الحيازة جنائيا . . .	٦٣٧

الخـطا والصـواب

صفحة	الخـطا	الصواب
١٠٤	المبحث الثانى	المطلب الثانى
١٠٤	المطلب الأول	الفرع الأول
١١٠	المطلب الثانى	الفرع الثانى
١١٠	الفرع الأول	الغصن الأول
١١٧	الفرع الثانى	الغصن الثانى
١٢٦	المطلب الثالث	الفرع الثالث
١٢٦	الفرع الأول	الغصن الثانى
١٣٠	الفرع الثانى	الغصن الثالث
١٤٠	المبحث الثالث	المطلب الثالث
٢٦٥	المطلب الثانى	الفرع الثانى

رقم الايـــداع : ١٩٨٩/٨٥١٦

مؤسسة البستانى للطباعـــة
٦ شــارع البرماوى
حــدائق القبــة